



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사 학위논문

도시 및 주거환경정비법상
현금청산제도에 관한 연구

2017년 8월

서울대학교 대학원

법학과 법학전공

장 현 철

도시 및 주거환경정비법상 현금청산제도에 관한 연구

지도교수 김 종 보

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2017년 4월

서울대학교 대학원
법학과 법학전공
장 현 철

장현철의 석사 학위논문을 인준함
2017년 7월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

도시 및 주거환경정비법상 현금청산제도는 사업시행자가 정비사업으로 조성된 대지 또는 건축물을 공급받지 않는 조합원을 현금으로 청산하는 제도다. 아파트 가격이 상승하는 시기에는 아파트를 공급받는 대신 현금청산을 원하는 조합원이 거의 없으므로 현금청산은 큰 문제가 아니다. 반면 아파트 가격의 상승폭이 둔화되거나 오히려 하락하여 기대했던 만큼 이익을 얻기가 어려운 시기에는 현금청산을 원하는 조합원이 증가하므로 현금청산을 둘러싼 분쟁이 늘어난다.

현금청산은 현금청산제도의 취지, 도시 및 주거환경정비법의 문언 등을 고려할 때, 현금청산대상자를 정비사업에서 배제할 수 있는 사업시행자의 권한으로 보아야 한다. 그러므로 조합원은 사업시행자에게 현금청산을 요구할 수 없다고 해석해야 한다. 특히 이미 조합설립에 동의하여 정비사업에 참여할 의사를 밝힌 주택재건축조합의 조합원에게는 더욱 현금청산을 인정할 필요성이 적다.

정비조합은 조합의 성질과 사단의 성질을 모두 지니고 있는 단체인데, 현금청산제도는 정비조합이 가지고 있는 조합의 성질에 근거를 두고 있다. 그러므로 현금청산절차는 토지 또는 건축물을 출자한 조합원이 조합관계에서 탈퇴하면서 출자지분을 환급받는 절차로 보아야 한다. 따라서 종전 토지 또는 건축물의 가격에서 관리처분계획인가의 고시일까지 사용된 정비사업비를 지분에 따라 공제한 금액을 바탕으로 현금청산금액을 산정해야 한다. 종전 토지 또는 건축물의 가격은 조합원의 출자의무가 구체적으로 성립하는

사업시행계획인가의 고시일을 기준으로 평가해야 한다.

주택재개발정비사업조합 표준정관, 주택재건축정비사업조합 표준정관과 이에 따라 만들어진 조합정관은 조합원 분양계약을 체결하지 않은 조합원을 현금청산대상으로 규정하고 있다. 그러나 표준정관과 조합정관은 조합원 총회의 의결을 거쳐 행정처분의 형식으로 조합원에게 정비사업비를 부담하게 하고 있는 도시정비법에 위배되어 무효이므로, 조합원 분양계약을 체결하지 않은 조합원이 현금청산대상자에 해당한다고 볼 수 없다. 또한 현금청산대상자가 되었다고 즉시 조합원 지위를 상실한다고 볼 수는 없다. 현금청산대상자가 실제로 토지 또는 건축물의 소유권을 정비조합에 이전한 때에 조합원 지위를 상실한다고 해석해야 한다.

주요어 : 정비조합, 현금청산제도, 현금청산대상자, 조합원 지위, 현금청산금액

학 번 : 2006-21648

목 차

제 1 장 서론	1
제 1 절 연구의 목적	1
제 2 절 연구의 방법과 범위	3
제 2 장 도시정비법상 현금청산제도 개관	4
제 1 절 현금청산제도의 의의	4
I. 현금청산제도의 개념	4
II. 현금청산제도의 구조	4
III. 현금청산제도의 연혁	9
IV. 주택재건축사업과 현금청산제도	35
제 2 절 현금청산제도의 취지	39
I. 현금청산의 현황과 증가원인	39
II. 현금청산이 정비사업에 미치는 영향	42
III. 사업시행자의 권한으로서 현금청산	44
제 3 절 분양신청과 현금청산제도	46
I. 분양신청제도의 개관	46
II. 정비사업의 동의와 분양신청	48
III. 분양신청과 현금청산대상자	49
제 3 장 현금청산제도의 법적성질	51
제 1 절 연구의 필요성	51
제 2 절 정비조합과 현금청산제도	53
I. 개설	53
II. 단체와 법인격	53

Ⅲ. 조합의 성질과 사단의 성질	56
Ⅳ. 정비조합의 법적성질	61
제 3 절 현금청산제도와 청산금제도	68
Ⅰ. 청산금제도와 청산금 산정방법	68
Ⅱ. 청산금제도와 조합원의 비용부담	70
Ⅲ. 사전청산으로서 현금청산제도	72
제 4 절 현금청산제도와 수용제도	74
Ⅰ. 현금청산제도와 수용제도의 관계	74
Ⅱ. 현금청산제도와 수용제도의 협의절차	75
Ⅲ. 현금청산제도와 부동산 소유권의 확보	78
 제 4 장 현금청산제도와 조합원의 지위	 80
제 1 절 연구의 필요성	80
제 2 절 정비조합 조합원의 지위	82
Ⅰ. 조합원 지위의 획득	82
Ⅱ. 조합원의 권리와 의무	85
Ⅲ. 조합원 지위의 상실	86
제 3 절 조합원 분양계약 미체결자와 현금청산제도 ..	91
Ⅰ. 조합원 분양계약의 의의와 법적성질	91
Ⅱ. 조합원 분양계약의 효력	95
Ⅲ. 조합원 분양계약 미체결자에 대한 조치	100
제 4 절 현금청산대상자의 조합원 지위	103
Ⅰ. 도시정비법상 현금청산대상자	103
Ⅱ. 현금청산대상자의 조합원 지위 상실	104
Ⅲ. 현금청산대상자의 소유권 이전방법	110
 제 5 장 도시정비법상 현금청산의 방법	 112
제 1 절 정비조합의 현금청산 방법	112

I. 현금청산금액의 산정	112
II. 토지 또는 건축물의 확보	123
III. 정비사업비의 부과	128
IV. 손해배상청구	128
제 2 절 조합원의 현금청산 방법	130
I. 현금청산금 지급청구	130
II. 손실보상금 지급청구	130
III. 매매대금 지급청구	132
제 3 절 세입자의 현금청산 방법	133
I. 손실보상금 지급청구	133
II. 계약해지와 임대차보증금 등 반환청구	136
 제 6 장 결론	 140
 참고문헌	 142
Abstract	146

표 목 차

[표 1] 주요 사업진행지구 현금청산 현황	39
[표 2] 최초주택구입 소요연수	42

그 림 목 차

[그림] 주택매매가격지수	44
---------------------	----

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 목적

‘도시 및 주거환경정비법’(이하 ‘도시정비법’이라 한다)상 정비사업은 도시의 기능을 회복하기 위해 정비구역 등에서 정비기반시설을 정비하거나 주택 등 건축물을 개량 또는 건설하는 사업이다(제2조 제2호).

정부는 1970년대 이후 공동주택을 대량으로 공급하기 위해 대규모로 택지를 조성하는 한편, 부동산 가격상승을 뒷받침하는 정책을 지속적으로 수립·시행하였다. 부동산 가격의 상승기에는 정비사업으로 공급받은 대지 또는 건축물로 많은 이익을 얻을 수 있었으므로, 현금청산제도를 이용해서 종료 이전에 정비사업에서 이탈하려고 하는 조합원은 찾아보기 어려웠다.

그러나 2000년대에 들어서면서 정부의 부동산 가격상승 정책은 한계에 다다랐고, 2008년경 전세계적인 금융위기가 발생하면서 부동산 가격의 상승폭이 둔화되거나 오히려 하락하였다. 이 때문에 현금청산제도를 이용해서 중도에 정비사업에서 벗어나고자 하는 조합원이 늘어나고 있다.

현금청산을 광범위하게 허용하면 정비사업을 원활하게 추진할 수 없고, 도시기능의 회복이라는 공익을 실현할 수 없게 된다. 관리처분계획에 따라 이루어지는 현금청산은 행정의 일환이고, 행정은 공익의 실현을 목적으로 하기 때문이다.¹⁾ 그러므로 조합원의 재산권을 침해하지 않는 범위에서 현금청산을 제한할 필요가 있다.

그러나 대법원은 현금청산대상자에게 현금청산을 신청할 권리를 인정

1) 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2017. 3. 6면.

하고 있을 뿐만 아니라,²⁾ 주택재건축사업에서는 발생할 것으로 예상되는 개발이익을 포함한 가격, 즉 현금청산사유 발생 당시의 토지 또는 부동산 시가를 현금청산금액으로 보아야 한다는 입장이다.³⁾ 또한 대법원은 조합정관 등에 현금청산대상자가 정비사업비 중 일정 부분을 분담해야 한다는 취지를 미리 정한 경우에만 정비조합이 청산절차에서 이를 청산하거나 별도로 그 반환을 구할 수 있다고 판단하고 있다.⁴⁾

대법원의 입장대로라면 정비조합의 조합원은 조합설립에 동의한 이후에도 분양신청을 하지 않는 방법 등으로 정비사업에서 임의로 이탈할 수 있고, 정비사업비를 전혀 부담하지 않을 수도 있다. 또한 주택재건축사업에서는 개발이익까지 고스란히 얻을 수 있다. 이러한 태도는 현금청산을 지나치게 조장하여 정비사업을 위태롭게 만들뿐만 아니라, 정비사업비를 부담해야 하는 분양대상자와 비교하더라도 형평의 원칙에 어긋난다.

따라서 정비사업에서 현금청산을 합리적으로 제한하고, 적정한 현금청산금액을 산정하는 방법을 모색할 필요가 있다. 이를 위해 이 연구에서는 도시정비법상 현금청산제도의 법적성질과 이에 따른 현금청산금액 산정방법, 현금청산대상자의 조합원 지위 등을 규명하고자 한다.

2) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다37780 판결.

3) 대법원 2016. 8. 30. 선고 2015다207785 판결, 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다21549, 21556, 21563 판결.

4) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2013다217412 판결(주택재건축사업), 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013두19486 판결(주택재개발사업).

제 2 절 연구의 방법과 범위

제1장에서는 이 연구의 목적, 방법과 범위를 제시한다.

제2장에서는 현금청산제도의 구조와 연혁, 주택재건축사업과 현금청산제도의 관계를 정리하는 방법으로 현금청산제도를 개관한다.

제3장에서는 단체의 대표적인 유형인 사단과 조합이 지니고 있는 성질을 분석틀로 활용하여 정비조합의 법적성질을 검토한다. 또한 현금청산제도와 청산금제도를 비교하고⁵⁾, 현금청산제도와 수용제도가 절차적인 측면에서 어떠한 관계에 있는지 살펴본다. 이를 통해서 현금청산제도의 법적성질을 규명한다.

제4장에서는 조합원 지위의 취득·상실, 조합원의 권리·의무와 관련된 일반적인 내용을 정리한다. 그리고 조합원 분양계약의 유효·무효를 검토하고, 이를 바탕으로 조합원 분양계약을 체결하지 않은 조합원을 현금청산대상자로 볼 수 있는지 살펴본다. 현금청산대상자가 언제 조합원 지위를 상실하는지도 살펴본다.

제5장에서는 정비조합의 법적성질 등에 근거하여 현금청산금액의 산정방법을 제시한다. 또한 정비조합, 조합원, 세입자의 입장에서 각각 현금청산의 방법을 정리한다.

제6장에서는 앞의 논의들을 종합하여 이 연구의 결론을 제시한다.

5) 이 연구에서는 용어를 사용하면서 도시정비법 제47조의 ‘현금청산제도’, ‘현금청산금’과 도시정비법 제57조의 ‘청산금제도’, ‘청산금’을 엄격하게 구별하여 사용하기로 한다.

제 2 장 도시정비법상 현금청산제도 개관

제 1 절 현금청산제도의 의의

I. 현금청산제도의 개념

도시정비법상 현금청산제도는 사업시행자⁶⁾가 분양신청을 하지 않거나 분양신청기간이 종료하기 이전에 분양신청을 철회하여 정비사업⁷⁾으로 조성되는 대지 또는 건축물을 분양받지 않으려는 의사를 표시한 토지등 소유자, 너무 좁은 토지 또는 건축물이나 정비구역 지정 후 분할된 토지를 취득하여 관리처분계획에 따라 분양계획에서 제외된 토지등소유자를 상대로 종전 토지, 건축물 또는 그 밖의 권리의 가치를 현금으로 청산하는 제도다(도시정비법 제47조 제1항, 같은 법 제48조 제2항 제3호).

II. 현금청산제도의 구조

1. 건설법의 의의 및 체계

(1) 건설법의 의의

‘건설법’은 택지조성, 아파트·영업시설·단독주택 등 건축, 재건축·재개발, 공원·도로 등 도시기반시설 설치와 같은 ‘도시의 물리적 공간형성에 참여하는 공법규정의 총체’를 말한다. 건설법은 건축물과 관련 토지를 규

6) 정비사업을 시행하는 단체를 의미한다(도시정비법 제2조 제8호). 이 연구에서는 사업시행자 중에서 정비조합을 주로 살펴보기로 한다.

7) 정비사업에는 주거환경개선사업, 주택재개발사업, 주택재건축사업, 도시환경정비사업, 주거환경관리사업, 가로주택정비사업이 있다(도시정비법 제2조 제2호). 이 연구에서는 정비사업 중에서 가장 폭넓게 시행되고 있는 주택재개발사업과 주택재건축사업을 주로 살펴보기로 한다.

을하므로, 건축물이 밀집되어 있는 도시를 주된 연구대상으로 한다.⁸⁾

(2) 건설법의 체계

건설법은 개별적인 건축물에서 발생할 수 있는 위험을 방지하는 ‘건축경찰법’, 국토가 합리적으로 이용될 수 있도록 건축물과 토지 사용권을 통제하는 ‘국토계획법’, 도시의 낙후지역을 정비하거나 신도시를 건설하기 위해서 도시의 질서에 적극적으로 개입하는 ‘개발사업법’의 3가지 유형으로 나눌 수 있다.⁹⁾ 도시정비법은 도시를 적극적으로 정비하기 위해 제정된 법률로서 개발사업법에 해당한다.

2. 개발사업법의 구조

(1) 공공필요와 재산권 침해

개발사업은 토지를 합리적으로 이용하기 위해 행정청 또는 공공조합 등이 사업시행자가 되어 시가지를 재정비하거나 신도시를 건설하는 사업이다. 국토계획법은 기존의 질서를 존중하고 소극적으로 새로운 건축물에 대한 허가요건을 정하는데 그치지만, 개발사업법은 기존 질서에 전면적으로 개입하여 토지를 수용하거나 주택을 철거해 새로운 공동주택을 건설하는 등 도시를 적극적으로 형성한다.¹⁰⁾

헌법은 공공필요가 있는 경우 국민의 재산권을 수용·사용 또는 제한할 수 있다고 규정하고 있다(제23조 제3항). 헌법이 말하는 ‘수용’이라는 개념은 반드시 개별법에서 ‘수용’이라는 용어를 사용하는 경우에 국한되지 않는다. 그 명칭과 관계없이 공공필요에 따라 재산권을 박탈하는 경우에는 이를 실질적인 의미의 수용으로 보아야 한다.¹¹⁾

8) 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013. 3. 4면.

9) 김종보, 앞의 책, 8~12면.

10) 김종보, 앞의 책, 387면.

도시정비법상 사업시행자는 종전 건축물을 철거한 자리에 새로운 건축물을 건축하므로, 종전 토지 또는 건축물 소유권과 그 밖의 권리를 확보하거나 제한할 필요가 있다. 이를 위해서 사업시행자는 환지처분으로 종전 토지의 소유권을 일제히 소멸시키거나 종전 토지 또는 건축물 소유권 등을 수용하는 방법 등을 사용한다.

(2) 재산권 침해와 손실보상

헌법은 공공필요에 따라 재산권을 침해하는 경우에는 법률로 정당한 보상을 해야 한다고 규정하고 있다(제23조 제2항). 그러므로 사업시행자는 개발사업을 시행하는 과정에서 종전 토지 또는 건축물의 소유권 등을 박탈하는 결과가 발생하면 그 권리자에게 정당한 보상을 해야 한다. 정당한 보상은 금전으로 이루어질 수도 있지만, 개발사업으로 조성된 대지 또는 건축물 등 현물로 이루어질 수도 있다.

(3) 소결

사업시행자는 개발사업을 시행하면서 토지 또는 건축물 소유권 등을 박탈하고 그 권리자에게 정당한 보상을 한다. 재산권 침해와 보상의 대표적인 유형으로 환지방식에 따른 환지와 청산, 수용방식에 따른 수용과 보상을 생각해 볼 수 있다. 아래에서 자세히 살펴보기로 한다.¹¹⁾

3. 개발사업의 재산권 침해와 보상

(1) 환지방식의 개발사업과 청산금

11) 김종보, 「특수한 형태의 수용과 보상」, 『토지보상법연구』 제3집, 한국토지보상법연구회, 2003. 2. 58면.

12) 주택재건축사업과 현금청산제도의 관계는 같은 절 ‘IV. 주택재건축사업과 현금청산제도’에서 별도로 살펴보기로 한다.

환지방식의 개발사업이란 환지처분에 따라 종전 토지 소유권을 환지 소유권으로 변환하는 방식의 개발사업이다. 대표적으로 토지구획정리사업을 들 수 있다. 종전 토지와 환지에 가격차이가 있으면 그 과·부족분을 금전으로 청산한다.

법인의 소멸 과정에서 법인이 본래의 적극적인 활동을 정지하고 청산에 들어가는 절차를 ‘해산’이라 하고, 해산한 법인이 남아 있는 사무를 처리하고 재산을 정리하여 완전히 소멸하는 절차를 ‘청산’이라 한다.¹³⁾ 개발사업법은 민법과 별도의 청산 개념을 사용하고 있지 않으므로, 환지방식에서 말하는 청산은 민법의 청산 개념과 동일하게 토지 소유자가 개발사업의 완료 단계에서 종전 토지 가격과 환지 가격의 과·부족분을 금전으로 청산하는 절차를 의미한다.

환지방식의 개발사업에서 조성된 대지는 종전 토지 소유자에게 환지되는 것이 원칙이므로, 별도의 환지신청절차가 마련되어 있지 않다. 다만 종전 토지 소유자가 환지를 원하지 않거나 환지의 면적이 과소한 경우 등 예외적으로 종전 토지소유자에게 환지가 귀속되지 않는 경우가 발생한다. 이러한 경우 시행자는 종전 토지 소유자에게 환지를 교부하지 않고 종전 토지의 소유권에 대응하여 청산금을 지급한다.

환지방식의 개발사업에서는 원칙적으로 종전 토지 소유자 전원에게 환지가 이루어지고, 시행자는 개발사업으로 조성된 대지의 일부를 조합원이 아닌 제3자에게 매도하여 사업비용으로 충당한다. 그러므로 시행자는 거의 비용을 부담하지 않는다. 하지만 종전 토지 소유자에게 토지소유권을 그대로 남겨 둔 채로 공사를 완료하고 환지처분을 해야 하므로, 개발사업의 시작부터 끝까지 상당히 오랜 기간이 소요된다.

(2) 수용방식의 개발사업과 손실보상금

13) 박윤직·김재형, 『민법총칙』, 박영사, 2013. 9. 208~210면.

수용방식의 개발사업은 사업시행자가 사업 초기에 토지 또는 건축물 소유권 등을 전면 수용하고 손실보상금을 지급하는 방식의 개발사업이다. 관리처분계획에 따라 종전 토지 또는 건축물 소유자 등에게 개발사업으로 조성된 대지 또는 건축물을 현물보상 형태로 공급하는 방식과 종전 토지 또는 건축물 소유자 등을 개발사업에서 완전히 배제하고 단순히 금전으로만 보상하는 방식으로 나눌 수 있다.

일반적으로 관리처분계획에 따라 대지 또는 건축물을 현물로 보상하는 경우에는 별도로 분양신청절차를 두어, 종전 토지 또는 건축물 소유자에게 분양 여부를 선택하도록 한다. 이 때 종전 토지 또는 건축물과 현물보상으로 지급받은 토지 또는 건축물에 가격 차이가 있으면 그 차액을 금전으로 청산해야 한다. 분양신청을 하지 않아 현물보상을 받지 못하거나 개발사업에서 완전히 배제되는 방식의 토지 또는 건축물 소유자에게는 손실보상금이 지급된다.

수용방식의 개발사업에서 사업시행자는 수용절차를 통해 종전 토지 또는 건축물의 소유권을 확보해야 하므로 사업 초기에 손실보상 등에 필요한 자금을 조달해야 하는 부담이 있다. 그러나 사업시행자는 토지 또는 건축물의 소유권을 사업 초기에 확보할 수 있으므로, 사업을 신속하게 추진할 수 있다.

(3) 소결

환지방식의 개발사업에서 환지대상자는 환지 외에 종전 토지 가격과 환지 가격의 차액을 청산금으로 징수하거나 지급받는다. 환지를 받지 못하는 사람은 종전 토지에 대응하여 청산금을 지급받는다. 원칙적으로 청산금의 징수 또는 지급은 환지처분 이후에 이루어진다. 예외적으로 환지처분 이전에 청산금을 지급하는 경우도 있지만, 이때에도 환지처분 이후에 최종적인 청산절차를 거친다.

수용방식의 개발사업에서 분양대상자는 종전 토지 또는 건축물 가격과 새로운 대지 또는 건축물 가격의 차액에 상당하는 금액을 청산금으로 징수하거나 지급받는다. 새로운 대지 또는 건축물을 공급받지 않는 사람은 종전 토지 또는 건축물에 대응하여 손실보상금을 지급받는다. 원칙적으로 청산금의 징수 또는 지급은 분양처분 이후에 이루어진다. 예외적으로 분양처분 이전에 청산금을 지급하는 경우에도, 분양처분 이후에 최종적인 청산절차를 거친다.

4. 현금청산제도의 구조적 특수성

도시정비법상 주택재개발사업은 수용방식 또는 환지방식으로 시행된다(제6조 제2항). 도시정비법상 주택재건축사업은 관리처분계획에 따라 주택 등을 공급하는 방식으로 시행되는데(도시정비법 제6조 제3항), 사업시행자에게 매도청구권은 인정되지만 수용권은 인정되지 않는다.

도시정비법상 현금청산제도는 수용방식으로 시행되는 주택재개발사업에서 손실보상금이 아니라 현금청산금을 지급하도록 하고 있고, 수용방식이나 환지방식으로 시행되지 않는 주택재건축사업에서도 현금청산금을 지급하도록 하고 있다. 또한 현금청산절차에 따라 지급되는 현금청산금은 이전고시 이전에 확정적으로 지급되고, 이전고시 이후에 추가적인 청산절차를 예정하고 있지 않다.

이처럼 도시정비법상 현금청산제도는 개발사업의 전형적인 구조에 들어맞지 않는다. 그러므로 현금청산대상자가 지급받는 현금청산금이 단순히 청산금 또는 손실보상금이라고 단정할 수 없다. 현금청산제도의 구조적 특수성은 도시정비법상 현금청산제도를 이해하고 합리적인 현금청산금 산정기준을 제시하기 위한 단초가 된다.

III. 현금청산제도의 연혁

1. 법령 연혁의 중요성

개발사업법은 사회적 변화를 반영하여 지속적으로 개발사업에 필요한 조항을 도입하고 변경해 왔다. 개발사업법은 기존 질서에 적극적으로 개입하는 법제로서 개발사업법의 개별 조항에는 당시의 정치, 사회, 문화적 배경과 그 변화의 모습이 집약적으로 담겨 있다.

도시정비법 이전에 시행되었던 개발사업법상 개별 조항의 입법취지와 입법배경 등을 파악하는 일은 현행 도시정비법을 이해하는데 매우 중요할 뿐만 아니라 반드시 필요한 과정이다. 특히 도시정비법 이전에 시행되었던 개발사업법의 개별 조항과 그 법령해석, 관련 판례는 현행 도시정비법의 개별 조항과 판례의 정확한 의미를 파악하는데 큰 도움이 된다. 따라서 도시정비법상 현금청산제도를 이해하려면 현행 도시정비법상 현금청산제도에 영향을 미친 이전 개발사업법 개별 조항의 의미와 그 변화과정을 면밀히 살펴볼 필요가 있다.

2. 구 조선토지개량령과 조선시가지계획령

(1) 구 조선토지개량령

1) 구 조선토지개량령의 환지와 청산조항

일본은 1910년 중·후반부터 인구가 급격하게 증가하여 식량이 부족하게 되었는데, 조선의 농업생산량을 증대하는 방법으로 그 문제를 해결하려고 하였다. 일본은 조선의 농업생산량 증대를 위해 1921년부터 산미증식계획을 수립·시행하였고, 조선총독은 1927. 12. 28. 이를 뒷받침하기 위해 제령¹⁴⁾ 제16호로 ‘조선토지개량령’(이하 ‘구 조선토지개량령’이라 한

14) ‘조선에 시행하여야 할 법령에 관한 법률’(1911. 3. 24. 제정 조선총독부법률 제30호)은 조선에서 법률로 제정해야 할 사항은 조선총독의 명령으로 규정할

다)을 제정하였다. 구 조선토지개량령은 일본에서 1899년 제정된 ‘경지정리법’과 1905년 제정된 ‘신 경지정리법’의 영향을 받은 것으로 보인다.

구 조선토지개량령은 토지개량사업이 완료된 이후, 환지처분으로 종전 토지의 소유권을 소멸시키고 환지 소유권으로 변환하는 ‘환지방식’을 사업시행방식으로 채택하였다(제24조 제1항 전단, 제25조, 제26조 제1항). 또한 종전 토지와 환지의 지목, 면적, 위치 등에서 차이가 발생한 경우에는 토지개량시행자가 이를 현금으로 청산하도록 규정하였다(제24조 후단). 조선토지개량령 제24조 제1항 후단의 ‘지목, 면적, 위치 등으로 상쇄하는 것이 가능하지 아니한 부분’은 종전 토지와 환지의 가격 차이를 의미한다고 해석된다.

조선토지개량령(1927. 12. 28. 제정된 것)

제24조 ① 토지개량으로 인한 환지는 종전 토지의 지목, 면적, 등위 등을 표준으로 하여 교부하여야 하며, 지목, 면적, 등위 등으로 상쇄하는 것이 가능하지 아니한 부분에 대하여는 금전으로 청산하여야 한다.

제25조 전조 제1항 또는 제2항의 규정에 의한 처분은 토지개량시행지 전부에 대한 공사를 완료한 후가 아니면 이를 행할 수 없다. 다만, 규약에 별도의 정함이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

제26조 ① 환지는 별도의 정함이 있는 경우를 제외하고 제24조 제4항의 고시일로부터 이를 종전의 토지로 본다.

구 조선토지개량령은 환지를 교부받지 않는 사람이 청산대상에 해당하는지 명확하게 규정하고 있지 않았다(제24조 제1항). 그러나 환지대상자에게는 종전 토지 가격과 환지 가격의 차액을 금전으로 청산하면서, 환지를 교부받지 않는 사람에게는 종전 토지의 소유권을 박탈하고도 아무런 대가를 지급하지 않는 것은 형평에 어긋난다. 환지를 교부받지 않는 사람은 종전 토지의 가액 전부가 ‘지목, 면적, 등위 등으로 상쇄하는 것이 가능하지 아니한 부분’에 해당하므로, 종전 토지의 가액 전부를 청산

수 있도록 하였고(제1조), 위 명령을 ‘제령’이라 불렀다(제6조).

금으로 지급받는 청산대상자로 볼 수 있다. 그러므로 구 조선토지개량령 제24조 제1항은 환지대상자뿐만 아니라 환지를 교부받지 않는 사람에게도 청산금을 지급하는 규정으로 해석할 수 있다. 대법원도 환지를 교부하지 않으면서 청산금도 지급하지 않으면 불법행위가 성립한다고 보아, 구 조선시가지계획령 제43조 제2항과 이에 따라 준용되는 구 조선토지개량령 제24조 제1항은 환지를 교부하지 않은 경우에도 청산금을 지급하도록 하는 의미라고 해석하고 있다.¹⁵⁾

다만, 구 조선토지개량령은 사업대상구역 전체의 공사가 완료된 이후에 청산금을 징수하거나 지급하도록 규정하고 있었으므로(제25조), 토지개량사업이 완료되기 전에는 청산금을 징수하거나 교부할 수 없었다.

2) 구 조선토지개량령의 법적성질

구 조선토지개량령은 토지의 교환, 분합, 개간, 지목변환 등을 통해서 전답을 정비하고, 제방, 논두렁·밭두둑, 인공수로 및 저수지 등 관개시설을 늘리려고 하였다.

조선토지개량령(1927. 12. 28. 제정된 것)

제1조 이 영에서 토지개량이라 함은 토지의 농업상의 이용을 증진할 목적으로 이 영에 의하여 다음 각호의 1에 해당하는 사항(조선총독이 정하는 소규모의 것은 제외)을 행하는 것을 말한다.

1. 관개배수에 관한 설비 또는 공사
2. 토지의 교환, 분합, 개간, 지목변환 기타 구획형질의 변경 또는 도로, 제방, 휴반, 구거, 저수지 등의 변경 혹은 폐치
3. 전2호 사항의 시행 또는 시행의 결과 필요한 공작물의 설치 또는 유지관리

건설법은 건축물이 밀집되어 있는 도시를 주된 연구대상으로 삼고 있으므로, 농업생산량 증대를 목적으로 하는 구 조선토지개량령은 건설법

15) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2004다54619 판결.

으로 분류하기 어려울 수도 있다. 그러나 토지의 형질변경은 토지 형상과 성질에 실질적인 변경을 가하는 행위이고 토지의 지목을 전·답에서 대지로 전환하는 전제가 되는데, 지목을 대지로 전환하는 주된 목적은 건축물의 건축이다. 즉, 구 조선토지개량령이 토지개량행위의 일부로 보고 있는 토지의 형질변경, 지목변환(제1조 제2호)은 토지에 건축허용성을 부여하는 기능을 하고 있으므로, 구 조선토지개량령이 건설법의 범주에 포함된다고 볼 여지가 있다.

3) 소결

구 조선토지개량령은 환지방식으로 농지개량사업을 시행하였고, 사업대상구역 전체의 공사가 완료된 이후에 청산금을 징수 또는 지급하였다. 다만 건축물의 철거나 새로운 시설의 설치를 주된 목적으로 하지 않았으므로, 토지개량시행자에게 토지 수용권을 인정하지는 않았다.¹⁶⁾ 구 조선토지개량령은 해방 이후에도 계속 적용되다가, 1961. 12. 31. 구 토지개량사업법의 제정으로 대체·폐지되었다.

(2) 구 조선시가지계획령

1) 구 조선토지개량령의 환지와 청산조항

일본은 1931. 9. 18. 만주사변을 일으켰고, 1932. 3. 1. 만주에 괴뢰국가이자 식민지인 만주국을 세웠다. 이에 따라 만주에서 산출된 자원을 일본으로, 일본에서 생산된 공업생산품을 만주로 보내야 할 필요성이 증가하였다. 일본은 1932년 4월경 만주와 일본을 가장 효율적으로 연결할 거점항구로 당시 경흥부 신안면에 위치한 나진항을 선정하였다. 조선총독은 조그마한 어촌에 불과하던 나진항을 계획된 신시가지로 만들기 위해서 1934. 6. 20. 제령 제18호로 ‘조선시가지계획령’(이하 ‘구 조선시가지계

16) 김종보, 앞의 책, 605면.

획령’이라 한다)을 제정하였다.¹⁷⁾

구 조선시가지계획령은 토지구획정리사업을 활용해서 신시가지를 조성하였는데, 이를 위해 구 조선토지개량령의 환지와 청산조항(제24조, 제25조, 제26조 등)을 준용하였다. 이는 일본 ‘경지정리법’을 준용하던 당시 일본 ‘도시계획법’의 구조를 그대로 받아들인 것이다.

조선시가지계획령(1934. 6. 20. 제정된 것)

제43조 시가지계획 구역내의 토지에 관하여는 토지구획정리를 시행할 수 있다. 전항의 토지구획정리에 관하여는 본장의 별단의 규정이 있는 경우를 제외하고는 조선토지개량령을 준용한다.

일본 도시계획법(1999. 4. 4. 제정된 것)

제12조 도시계획구역내에 있는 토지에 대하여는 그 택지로서의 이용을 증진하기 위하여 토지구획정리를 시행할 수가 있다. 전항의 토지구획정리에 관하여는 본 법에 별단의 규정이 있는 경우를 제외하고는 경지정리법을 준용한다.

이처럼 구 조선시가지계획령에 따른 토지구획정리사업은 환지방식으로 이루어졌고, 사업집행자는 토지소유자에게 종전 토지와 새로운 환지의 가격 차이에 상당하는 금액을 청산금으로 지급해야 했다.

2) 구 조선시가지계획령의 특징

구 조선시가지계획령은 당시 일본에서 시행되던 ‘도시계획법’과 ‘시가지건축물법’을 하나의 법률로 만든 것인데, 두 법률의 분량¹⁸⁾이 많지 않아 편의상 하나의 법률로 만들었다고 추측된다.¹⁹⁾ 구 조선시가지계획령

17) 손정목, 『일제강점기 도시계획연구』, 일지사, 1990. 1. 177~179면.

18) 일본 도시계획법은 부칙을 포함하여 33개 조문으로, 일본 시가지건축물법은 26개 조문으로 구성되어 있었다.

19) 손정목, 앞의 책, 187면.

은 제1장 총칙(제1조부터 제14조까지), 제2장 계획지역 및 구역의 지정과 건축 등의 제한(제15조부터 제41조까지), 제3장 토지구획정리(제42조부터 제50조까지)의 총 3장 50개 조문으로 이루어져 있었는데, 이를 통해서 토지구획정리사업이 한반도에 처음으로 도입되었다.

3) 소결

구 조선시가지계획령의 토지구획정리사업은 구 조선토지개량령을 준용하여 환지방식으로 시행되었고, 사업대상구역 전체의 공사가 완료된 이후에 청산금을 징수하거나 지급하였다. 구 조선시가지계획령은 해방 이후 ‘시가지계획령’으로 명칭을 바꾸어 계속 적용되다가, 1962. 1. 20. 건축법과 도시계획법이 제정되면서 건축 관련 부분은 건축법으로, 토지구획정리사업 관련 부분은 도시계획법으로 분리·이전되었고, 건축법 부칙 제2항에 따라 폐지되었다.

3. 구 도시계획법

(1) 토지구획정리사업 부분

1) 도시계획법의 환지와 청산조항

해방 이후 구 조선시가지계획령에 포함되어 있던 토지구획정리사업 관련 규정들을 별도의 법률로 규율할 필요가 있었으므로, 1962. 1. 20. ‘도시계획법’(이하 ‘구 도시계획법’이라 한다)을 제정하였다. 구 도시계획법은 ‘환지를 할 수 없는 경우’와 ‘환지예정지와 종전의 토지가 그 가액에 있어서 차이가 있는 경우’에 현금으로 청산해야 한다고 규정하여, 환지를 교부받지 않는 사람과 환지대상자가 모두 청산대상이라는 점을 명확히 하였다. 다만, ‘환지를 할 수 없는 경우’가 어떤 경우인지 구체적으로 규정하지는 않았다.

도시계획법(1962. 1. 20. 제정된 것)

제32조(환지기준) 환지계획은 환지예정지와 종전의 토지와의 관계, 위치, 지목, 지적, 등위, 이용도 기타 필요한 사항을 고려하여 정하여야 한다. 단, 환지를 할 수 없는 경우 또는 환지예정지와 종전의 토지가 그 가액에 있어서 차이가 있을 경우에는 금전으로써 청산하여야 한다.

제36조(환지처분) ① 환지처분은 환지계획구역의 전부에 대하여 공사가 완료한 후 지체없이 이를 하여야 한다. 단, 법령에 특별한 규정이 있는 경우에는 환지계획구역의 전부에 대하여 공사가 완료되기 전에 환지처분을 할 수 있다.

제37조(환지처분의 효과) 환지는 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 전조 제2항의 규정에 의한 공고를 한 날로부터 이를 종전의 토지로 본다.

구 도시계획법은 사업대상구역 전체의 공사가 완료되기 이전에는 현금으로 청산을 할 수 없다고 규정하였던 구 조선시가지계획령, 구 조선토지개량령과 달리 청산의 시점을 명시하고 있지 않았다. 토지소유자 등은 환지예정지에 환지와 마찬가지로 종전 토지와 동일한 권리를 행사할 수 있었다(구 도시계획법 제35조 제1항). 그러므로 구 도시계획법 제32조 단서의 ‘환지예정지’를 ‘환지’와 동일하게 볼 수 있다는 전제에서, 구 국토계획법도 사업대상구역의 공사가 전부 완료되고 환지처분이 내려진 때를 청산시점으로 정하고 있다고 해석할 수 있다.

반면, ‘환지를 할 수 없는 자’와 ‘환지예정지’는 환지계획에 따라 정해지고, 구 도시계획법 제32조 단서는 명시적으로 ‘환지’가 아니라 ‘환지예정지’라는 표현을 사용하고 있으므로, 구 도시계획법이 청산시점을 환지계획이 인가된 때, 최소한 환지예정지가 지정된 때로 앞당기려 하였다고 해석할 여지도 있다.

2) 구 도시계획법의 특징

구 도시계획법은 토지구획정리사업에 구 농지개량사업법을 준용하도록 하여(제40조), 구 조선토지개량령을 준용하였던 구 조선시가지계획령과

유사한 구조를 지니고 있었다.

도시계획법(1962. 1. 20. 제정된 것)

제40조(타법령의 준용) 구획정리사업에 관하여 본법 또는 본법에 의하여 발하는 명령에 규정된 것을 제외하고는 농지개량에 관한 법령의 규정을 준용한다.

다만, 구 도시계획법은 구 조선토지개량령을 준용하였던 구 조선시가 지계획령과 달리, 구 도시계획법에 환지와 청산조항을 직접 규정하였다(제32조, 제36조).

3) 소결

구 도시계획법의 토지구획정리사업은 환지방식으로 시행되었는데, 청산시점을 환지계획이 인가된 때 또는 환지에정지가 지정된 때로 앞당기려 하였다고 해석할 여지가 있다. 구 도시계획법 중 토지구획정리사업 관련 조항은 1966. 8. 3. ‘토지구획정리사업법’이 제정되면서, 구 도시계획법에 규정된 지 불과 5년이 경과한 1967. 3. 14. 모두 삭제되었다.

(2) 재개발사업 부분

1) 구 도시계획법 시행령의 재개발지구

1960년대부터 시행된 산업화 정책의 영향으로 많은 인구가 도시로 몰려들었고, 그 결과 기존 토지구획정리사업으로는 해결할 수 없는 여러 가지 문제가 발생하였다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 도로가 협소하고 건물이 노후된 불량지구에 도로를 정비하고 새로운 건축물을 건축하는 재개발사업을 실시할 필요가 있었다.

구 도시계획법 시행령은 1965. 4. 20. 개정으로 불량지구를 개량하기

위해 재개발지구를 설정할 수 있도록 하였다. 비록 시행령이기는 하지만 이를 통해서 우리 법제에 ‘재개발’이라는 용어가 처음으로 사용되었다. 그러나 구 도시계획법 시행령은 단지 재개발지구를 설정할 수 있다고만 규정하였을 뿐, 재개발지구를 설정하기 위한 요건, 재개발지구를 설정하는 방법과 절차 등을 규정하지는 않았다.

도시계획법(1963. 5. 12. 제정된 것)

제24조(지역의 구분지정등) ① 건설부장관이 특히 필요하다고 인정할 경우에는 각령의 정하는 바에 의하여 도시계획구역내에서 제17조의 규정에 의한 지역을 구분하여 지정하거나 제22조에 규정된 지구이외의 지구를 설정할 수 있다.

도시계획법 시행령(1965. 4. 20. 개정된 것)

제14조의2(기타 지구의 설정) 건설부장관은 법 제24조 제1항의 규정에 의하여 도시계획구역내에서 도시계획상 또는 토지이용상 건축물의 최고 또는 최저한도를 규제할 필요가 있을 때에 고도지구를, 항만의 관리운영상 필요할 때에 임항지구를, 공공용건축물을 집중시켜 업무집행에 관한 상호이편을 도모하고 그 분위기를 조성하기 위하여 필요할 때에 업무지구를, 불량지구개량사업을 촉진하기 위하여 필요할 때에 재개발지구를 각각 설정할 수 있다.

2) 구 도시계획법의 수용과 청산조항

구 도시계획법은 1971. 1. 19. 개정으로 ‘재개발사업’이라는 용어를 도입하면서²⁰⁾, 시행자가 재개발사업구역 안에 있는 토지 또는 건축물의 소유권 등을 수용하는 방식으로 재개발사업을 시행하도록 하였다(제29조, 제30조).²¹⁾

20) 다만 구 도시계획법은 1962. 1. 20. 제정 당시 도시계획을 ‘(전략) 토지구획 정리, 일단의 주택지경영, 일단의 공업용지조성 또는 일단의 불량지구개량에 관한 시설’(제2조 제1호)이라고 정의하여, 불완전하지만 재개발사업의 근거를 마련하고 있었다.

21) 편의상 1971. 1. 19. 전부개정된 도시계획법도 1962. 1. 20. 제정된 도시계획법과 구별하지 않고 ‘구 도시계획법’이라 지칭한다.

도시계획법(1971. 1. 19. 전부개정된 것)

제29조(수용 및 사용) ① 시행자는 도시계획구역안에서 도시계획사업에 필요한 토지·건축물 또는 그 토지에 정착된 물건이나 그 토지·건축물 또는 물건에 관한 소유권 이외의 권리는 이를 수용 또는 사용할 수 있다.

제30조(토지수용법의 준용) ① 전조의 규정에 의한 수용 또는 사용에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 토지수용법을 준용한다.

구 도시계획법은 원칙적으로 시행자가 재개발사업구역 안에 있는 모든 토지 또는 건축물의 소유권 등을 수용하되, 분양대상자에게 재개발사업으로 조성되는 대지 또는 건축물 기타 시설의 분양을 보상조건으로 토지 또는 건축물을 수용할 수 있도록 하였다(제35조). 이 경우 종전 토지 또는 건축물과 분양받는 대지 또는 건축물 기타 시설의 가격 차이는 금전으로 청산하도록 하였다(제50조 제1항). 분양신청을 하지 않은 사람에게는 수용의 대가로 수용보상금을 지급하도록 하였다(제50조 제3항).

즉, 분양대상자는 토지 또는 건축물 소유권 등을 수용당하지만 새롭게 조성되는 대지 또는 건축물 기타 시설의 소유권을 취득하므로, 시행자는 종전 토지 또는 건축물과 분양받는 대지 또는 건축물 기타 시설의 가격 차이를 금전으로 청산하면 되었다. 그러나 분양신청을 하지 않은 사람은 이와 달리 취득하는 대지 또는 건축물이 없으므로, 시행자는 수용된 토지 또는 건축물 소유권 등에 대응하여 손실보상금을 지급해야 했다.

도시계획법(1971. 1. 19. 전부개정된 것)

제35조(조성대지등의 분양을 보상조건으로 하는 토지등의 수용) ① 재개발구역안에서 그 사업을 위하여 필요한 토지 또는 건축물을 수용함에 있어서 당해 재개발사업으로 조성되는 대지 또는 건축시설의 분양을 희망하는 자에 대하여는 제41조의 관리처분계획에 의한 대지 또는 건축시설의 분양을 보상조건으로 그 토지 또는 건축물을 수용할 수 있다.

제50조(청산금등) ① 대지 또는 건축시설물을 분양받을 자가 재개발사업의 시행전에 소유하고 있었던 토지 또는 건축물의 가격과 재개발사업의 완료후

에 관리처분계획에 의하여 분양받은 대지 또는 건축시설의 가격에 차액이 있을 때에는 시행자는 그 차액에 상당하는 금액을 징수하거나 교부하여야 한다.
③ 토지 또는 건축물을 수용당한 자로서 제39조의 규정에 의한 분양신청을 하지 아니한 자에게는 동조에 규정된 기간이 경과된 후 지체없이 그 토지 또는 건축물에 대한 보상을 하여야 한다.

특히 구 도시계획법 시행령은 대지 또는 건축물 기타 시설물을 공급받은 사람은 재개발사업 완료 이후에 청산하도록 규정하고 있었던 반면(제36조), 구 도시계획법은 분양신청을 하지 않은 사람에게는 실시계획인가 고시가 있는 날로부터 30일이 경과된 후 지체 없이 손실보상금을 지급하도록 하여, 재개발사업이 완료되기 이전이라도 손실보상금을 받을 수 있도록 하였다(제50조 제3항, 제39조).

도시계획법 시행령(1971. 7. 22. 전부개정된 것)

제36조(청산대상자) 법 제50조 제1항의 규정에 의한 청산은 법 제46조 제3항의 규정에 의한 재개발사업완료의 공고당시를 기준으로 하고 법 제47조 제1항의 규정에 의하여 대지 또는 건축시설을 취득한 자를 그 대상으로 한다.

도시계획법(1971. 1. 19. 전부개정된 것)

제39조(분양신청) 재개발구역안의 토지 또는 건축물의 소유자는 제26조의 규정에 의한 실시계획의 인가고시가 있는 날로부터 30일 이내에 대통령령이 정하는 바에 의하여 시행자에게 그 구역내에 새로이 조성되는 대지 또는 건축물 기타 시설물(이하 "건축시설"이라 한다)에 대한 분양신청을 할 수 있다.

3) 소결

구 도시계획법상 재개발사업은 수용방식으로 시행되었는데, 분양대상자에게는 대지 또는 건축물 기타 시설을 공급하고, 종전 토지 또는 건축물 가격과 새로운 대지 또는 건축물 가격의 차액을 금전으로 청산하였다. 분양신청을 하지 않은 사람에게는 분양신청기간이 경과한 이후 지체 없이 손실보상금을 지급하였다. 구 도시계획법상 재개발사업 관련 규정

은 1976. 12. 31. 도시재개발법이 제정되면서, 구 도시계획법에 규정된 지 불과 6년을 넘기지 못하고 모두 삭제되었다. 구 도시계획법은 2002. 2. 4. 국토의 계획 및 이용에 관한 법률이 제정되면서 국토이용관리법과 함께 대체·폐지되었다.

4. 구 토지구획정리사업법과 구 도시재개발법

(1) 구 토지구획정리사업법

1) 구 토지구획정리사업법의 가청산 조항

구 도시계획법은 토지구획정리사업과 관련된 규정을 두고 있었지만, 소극적인 계획법제인 구 도시계획법에 적극적인 개발사업인 토지구획정리사업 관련 규정을 두는 것은 체계상 맞지 않는 면이 있었다. 또한 구 도시계획법은 구 토지개량사업법을 준용하여 토지구획정리사업을 시행하도록 하고 있어, 법률로서 정합성과 완결성을 결여한 문제점이 있었다. 이 때문에 구 도시계획법에서 토지구획정리사업을 분리하여 별도의 법률로 만들 필요가 있었으므로, 1966. 8. 3. 구 도시계획법에서 토지구획정리사업 관련 규정을 분리하여 토지구획정리사업법(이하 ‘구 토지구획정리사업법’이라 한다)을 제정하였다.

구 토지구획정리사업법은 구 도시계획법과 같이 환지방식으로 토지구획정리사업을 시행하도록 하였고, 환지대상자와 환지를 교부받지 않는 사람을 모두 청산대상으로 보았다(제52조). 반면 구 도시계획법과 달리 청산시점을 환지처분 이후로 명시하였다(제68조 제1항).

토지구획정리사업법(1966. 8. 3. 제정된 것)

제52조(청산금) 환지를 정하거나 그 대상에서 제외한 경우에 그 과부족분에 대하여는 종전의 토지 및 환지의 위치·지목·지적·토질·수리·이용상황·환경

기타의 사항을 종합적으로 고려하여 금전으로 이를 청산하여야 한다.

제61조(환지처분) ① 환지처분은 환지계획구역의 전부에 대하여 공사가 완료한 후 지체없이 이를 하여야 한다. 다만, 규약·정관 또는 시행규정에 특별한 규정이 있는 경우에는 환지계획구역의 전부에 대하여 공사가 완료되기 전에 이를 행할 수 있다.

제68조(청산금) ① 시행자는 환지처분의 공고가 있는 후에 확정된 청산금을 징수하거나 교부하여야 한다. 제60조의 규정에 의하여 징수 또는 교부한 가청산금과의 차액에 대하여도 또한 같다.

구 토지구획정리사업법은 시행자가 환지예정지를 지정하거나 사용·수익 정지처분을 해서 환지를 교부받지 않는 사람이 토지를 사용하거나 수익할 수 없게 된 경우에는, 환지를 받지 않는 사람에게 청산금에 준하여 가청산금을 징수하거나 교부할 수 있도록 규정하였다(제60조, 제68조).

토지구획정리사업법(1966. 8. 3. 제정된 것)

제60조(가청산) 시행자는 제56조 제1항²²⁾ 또는 제58조 제1항²³⁾의 규정에 의한 처분을 한 경우에 필요한 때에는 제68조의 규정에 준하여 가청산금을 징수하거나 교부할 수 있다.

가청산은 일정한 사유가 존재하면 개발사업이 종료되기 이전, 즉 청산 단계 이전에 청산금의 전부 또는 일부를 지급하는 제도이다. 환지방식으로 시행되었던 토지구획정리사업에서는 환지처분으로 사업대상지역 안의

22) **제56조(지정)** ① 시행자는 구획정리사업을 시행하기 위하여 필요한 때에는 시행지구안에 토지에 대하여 환지예정지를 지정할 수 있다. 이 경우에 종전의 토지에 관한 임차권자등이 있을 때에는 그 환지예정지에 대하여 당해 권리의 목적인 토지 또는 그 부분을 아울러 지정하여야 한다.

제57조(지정의 효과) ③ 환지예정지의 지정의 효력발생 당시에 제2항의 규정에 의하여 환지예정지의 사용 또는 수익을 개시할 당시에 당해 환지예정지의 종전의 토지소유자 또는 임차권자등은 제1항 또는 제2항에 규정하는 기간 이를 사용하거나 수익할 수 없으며, 제1항의 규정에 의한 권리의 행사를 방해할 수 없다.

23) **제58조(사용·수익의 정지)** ① 시행자는 환지를 정하지 아니하기로 결정된 토지에 관한 토지소유자 또는 임차권자등에게 기일을 정하여 그 날로부터 당해 토지 또는 그 부분의 사용 또는 수익을 정지시킬 수 있다.

토지 소유권이 모두 소멸하고 새로운 환지 소유권으로 변환되기 위해서는 20년 정도의 장기간이 소요되었다. 시행자의 입장에서는 청산시점을 늦출수록 청산대상자에게 지급해야 할 청산금의 액수가 증가하는 문제점이 있었으므로, 청산대상자의 청산시점을 환지처분보다 앞당길 필요가 있었다. 이에 구 토지구획정리사업법은 가청산제도를 도입하였다.²⁴⁾

2) 가청산 조항의 삭제

구 토지구획정리사업법은 1980. 1. 4. 개정으로 가청산 조항(제60조)을 삭제하였다. 그 대신 기존 청산금 조항(제68조)에 환지를 원하지 않는 토지소유자나 과소토지의 소유자에게는 환지처분 이전이라도 청산금을 교부할 수 있다는 내용의 단서 조항을 신설하였다. 즉, 환지처분 이전에 일단 가청산금을 지급하고 환지처분 이후에 확정적인 청산절차를 거치도록 했던 가청산제도를 폐지하고, 환지처분 이전에 청산금 교부시점을 기준으로 산정한 청산금을 확정적으로 지급할 수 있도록 하였다. 청산금 산정시점이 환지처분을 할 때가 아니라 청산금을 교부할 때로 앞당겨지면서 시행자의 부담이 크게 줄어들었다.

토지구획정리사업법(1980. 1. 4. 개정된 것)

제52조(청산금) ① 환지를 정하거나 그 대상에서 제외한 경우에 그 과부족분에 대하여는 종전의 토지 및 환지의 위치·지목·면적·토질·수리·이용상황·환경 기타의 사항을 종합적으로 고려하여 금전으로 이를 청산하여야 한다.

② 제1항의 규정에 의한 청산금은 환지처분시 결정하여야 한다. 다만, 제49조²⁵⁾ 및 제50조 제2항²⁶⁾의 규정에 의하여 환지대상에서 제외한 토지에 대하여는 청산금교부시에 결정할 수 있다.

제68조(청산금) ① 시행자는 환지처분의 공고가 있는 후에 확정된 청산금을 징수하거나 교부하여야 한다. 다만, 제49조 및 제50조 제2항의 규정에 의하여 환지를 정하지 아니하는 토지에 대하여는 환지처분 이전이라도 청산금을

24) 김종보, 「도시재개발과 가청산」, 『인권과 정의』 2000년 12월, 대한변호사협회, 114면.

25) **제49조(동의에 의한 환지의 불지정)** 토지소유자의 신청 또는 동의가 있을

교부할 수 있다.

특히 구 토지구획정리사업법 시행령은 환지를 받지 않는 사람에게 환지계획이 인가된 이후 즉시 청산금을 지급하도록 하여, 환지예정지 지정처분이 있거나 토지의 사용·수익 정지처분이 있을 때에 가청산금을 지급할 수 있도록 했던 가청산 조항보다 청산금 지급시점을 앞당겼다(제33조의2). 환지계획이 인가되면 환지를 받지 않는 사람이 확정되므로, 구 토지구획정리사업법은 환지를 받지 않는 사람이 확정된 즉시 청산금을 산정·지급하도록 하여 시행자의 부담을 덜어주려고 한 것으로 보인다.

토지구획정리사업법 시행령(1980. 8. 23. 개정된 것)

제33조의2(환지불지정 토지에 대한 청산금의 교부) 법 제68조 제1항 단서의 규정에 의하여 환지를 정하지 아니하는 토지에 대한 청산금을 환지처분 이전에 교부하는 경우에는 법 제47조 제1항의 규정에 의한 환지계획인가후 지체없이 행하여야 한다.

3) 소결

토지구획정리사업은 1930년대에는 도시를 새롭게 형성하기 위해서 활용되었던 반면, 1960년대에는 급속한 도시화로 발생한 도시 내부 문제를 해결하기 위해서 사용되었다.²⁷⁾ 구 토지구획정리사업법은 구 도시계획법

때에는 환지계획에서 당해 토지의 전부 또는 일부에 관하여 환지를 정하지 아니할 수 있다. 이 경우에 시행자는 당해 토지에 관하여 임차권·지상권 기타 사용 또는 수익할 권리(이하 ‘임차권등’이라 한다)를 가진 자(이하 ‘임차권자등’이라 한다)가 있을 때에는 그 동의를 받아야 한다.

26) **제50조(지적의 적정화)** ① 시행자는 재해나 위생상의 위해를 예방하기 위하여 토지면적의 규모를 조정할 특별한 필요가 있을 때에는 환지계획에 있어서 면적이 협소한 토지에 관하여 과소토지가 되지 아니하도록 환지를 정할 수 있다.

② 제1항의 경우에 시행자는 특히 필요한 때에는 과소토지를 환지에서 제외하거나 특히 지적이 광대한 토지의 지적을 감소하여 환지를 정하고 과소토지의 지적을 증가하여 환지를 정할 수 있다.

27) 김종보, 앞의 논문(도시재개발과 가청산), 106~107면.

과 마찬가지로 환지와 청산조항을 두고 있었다. 다만, 구 토지구획정리사업법은 가청산제도를 도입하여 환지를 받지 않는 사람에게 환지처분 이전에 가청산금을 징수하거나 교부받을 수 있도록 하였다. 이후 구 토지구획정리사업법에서 가청산 조항이 삭제되었고, 환지를 받지 않는 사람에게는 환지계획이 인가된 때를 기준으로 확정적으로 청산금을 지급할 수 있게 되었다. 구 토지구획정리사업법은 2000. 1. 28. 도시개발법이 제정되면서 대체·폐지되었다.

(2) 구 도시재개발법

1) 구 도시재개발법의 수용과 청산조항

구 도시계획법에 재개발사업과 관련된 규정이 있었지만, 재개발구역 지정요건이 불충분하고 영세권리자 보호규정이 미흡하여 재개발사업을 원활하게 시행할 수 없었다. 또한 적극적인 개발사업의 성격을 가지고 있는 재개발사업을 소극적인 계획법제인 구 도시계획법에서 규정하는 것도 체계상 적절하지 않았다. 이에 따라 1976. 12. 31. 구 도시계획법에 규정되어 있는 재개발사업 관련 규정을 분리·보완하여 ‘도시재개발법’(이하 ‘구 도시재개발법’이라 한다)을 제정하였다.

구 도시재개발법은 시장·군수를 시행자로 규정하였던 구 도시계획법과 달리 재개발조합을 원칙적인 시행자로 규정하였다(제9조). 하지만 분양 신청을 하지 않거나 분양을 철회한 사람을 상대로는 예외적으로 지방자치단체장 등이 시행자가 되는 경우에만 수용권을 인정하였고, 재개발조합에게는 수용권을 인정하지 않았다(제38조 제2항, 구 도시계획법 제29조 제1항).

도시재개발법(1976. 12. 31. 제정된 것)

제9조(토지등의 소유자의 시행) 재개발사업은 토지등의 소유자 또는 그들이 설립하는 재개발조합(이하 "조합"이라 한다)이 이를 시행한다.

제38조(토지등의 수용) ① 시행자가 재개발구역안에서 그 사업을 위하여 필요한 토지·건축물 기타의 권리는 제41조의 규정에 의한 관리처분계획에서 정한 대지 또는 건축시설의 분양을 보상조건으로 이를 수용할 수 있다. 이 경우, 토지수용법 제65조의 규정은 이를 적용하지 아니한다.

② 제10조 및 제11조의 규정에 의한 시행자가 시행하는 재개발사업에 대하여는 제1항의 규정에 불구하고 도시계획법 제29조의 규정을 적용할 수 있다.

도시계획법(1976. 12. 31. 개정된 것)

제29조(수용 및 사용) ① 시행자는 도시계획구역안에서 도시계획사업에 필요한 토지·건축물 또는 그 토지에 정착된 물건이나 그 토지·건축물 또는 물건에 관한 소유권 이외의 권리는 이를 수용 또는 사용할 수 있다.

즉, 구 도시재개발법은 재개발조합이 재개발사업을 시행하는 경우, 분양신청자에게는 재개발사업으로 조성되는 대지 또는 건축물 기타 시설의 분양을 보상조건으로 수용할 수 있도록 하였지만, 분양신청을 하지 않거나 분양을 철회한 사람을 상대로는 수용권을 인정하지 않았고, 대신 청산금을 지급하도록 하였다.

도시재개발법(1976. 12. 31. 제정된 것)

제44조(분양신청을 하지 아니한 자등에 대한 조치) 시행자는 재개발구역안의 토지등의 소유자가 제40조의 규정에 의한 분양신청을 하지 아니하거나 분양을 희망하지 아니할 때에는 제53조의 규정에 의하여 청산하여야 한다.

제53조(청산금등) ① 대지 또는 건축시설을 분양받을 자가 재개발사업의 시행전에 소유하고 있던 토지 또는 건축물의 가격과 재개발사업의 완료 후에 관리처분계획에 의하여 분양받은 대지 또는 건축시설의 가격에 차액이 있을 때에는 시행자는 분양처분의 고시가 있는 후에 그 차액에 상당하는 금액을 징수하거나 지급하여야 한다.

② 제45조의 규정에 의하여 징수 또는 지급한 가청산금의 차액에 관하여도 제1항과 같다.

2) 구 도시재개발법의 가청산 조항

구 도시재개발법은 관리처분계획의 인가가 있을 때, 토지 또는 건축물 소유자가 분양신청을 하지 않거나 분양신청을 철회하여 청산대상자가 된 때에는 청산금 조항을 준용하여 가청산금을 징수 또는 지급할 수 있도록 하였다. 즉, 구 도시재개발법에 따르면 관리처분계획이 확정된 이후에는 사업대상구역 안에 있는 모든 토지 또는 건축물 소유자에게 가청산금을 징수 또는 지급할 수 있었다.

도시재개발법(1976. 12. 31. 제정된 것)

제45조(가청산) 시행자는 제41조 제1항의 규정에 의한 관리처분계획의 인가가 있을 때 또는 제44조의 규정에 의한 청산을 함에 있어서 필요한 때에는 제53조의 규정에 준하여 가청산금을 징수 또는 지급할 수 있다.

이러한 구 도시재개발법의 가청산제도는 청산금액 상승에 따른 시행자의 부담을 덜어주기 위한 구 토지구획정리사업법의 가청산제도와는 그 목적이 전혀 달랐다.

토지구획정리사업은 토지의 구획을 정리하는 사업이므로 통상 약간의 도로건설비나 철거비 등이 소요되었는데, 이러한 비용은 시행자에게 부여되는 체비지의 사전매도 등으로 충당이 가능하였다. 그러나 재개발사업은 사업대상지역의 건축물을 모두 철거하여 그 지상에 고층의 공동주택, 특히 아파트를 건설하는 사업이므로, 이주대책, 건축물 철거, 폐기물 처리, 아파트건설 등에 소요되는 비용이 토지구획정리사업과 비교할 수 없을 만큼 많이 들었다.²⁸⁾ 시행자는 원칙적으로 재개발사업에 사용되는 비용을 스스로 마련해야 하지만, 그 비용이 너무 많이 들어 이를 전부 마련하기가 매우 어려웠다. 이에 구 도시재개발법은 시행자인 재개발조합이 조합원에게 재개발사업에 필요한 경비를 부과·징수할 수 있도록 규정하였다.

28) 김종보, 앞의 논문(도시재개발과 가청산), 108면.

도시재개발법(1976. 12. 31. 제정된 것)

제9조(토지등의 소유자의 시행) 재개발사업은 토지등의 소유자 또는 그들이 설립하는 재개발조합(이하 "조합"이라 한다)이 이를 시행한다.

제25조(경비의 부과) ① 조합은 정관이 정하는 바에 의하여 재개발사업에 필요한 경비에 충당하기 위하여 조합원으로부터 경비를 부과·징수할 수 있다.

그러나 구 도시재개발법 이전에 시행되었던 구 도시계획법은 시장 또는 군수를 재개발사업의 시행자로 규정하고 있었으므로(제23조), 오랜 기간 동안 재개발사업구역 안에 있는 토지 또는 건축물 소유자는 단순히 처분의 상대방에 불과하였다. 또한 구 도시계획법은 도시계획사업으로 현저히 이익을 받는 사람에게 그 이익의 범위 안에서 당해 도시계획사업에 소요된 비용의 일부만을 부담시킬 수 있도록 규정하고 있었으므로(제65조), 비용의 부과·징수 범위도 제한적이었다. 이러한 상황에서 구 도시재개발법의 제정으로 재개발조합이 시행자로 규정되었다고 하더라도, 전통적인 의미의 행정주체가 아닌 재개발조합이 조합원에게 재개발사업에 필요한 경비를 부과·징수하기에는 많은 어려움이 있었다.

더구나 구 도시재개발법은 재개발사업구역 안에 있는 토지 또는 건축물 소유자 5인 이상의 의사만으로도 조합설립인가와 사업시행인가를 받을 수 있도록 하였는데(제17조), 이 때 재개발사업구역 안에 있는 모든 토지 또는 건축물 소유자는 강제로 재개발조합의 조합원이 되도록 규정하였다(제20조). 즉, 상당수의 토지 또는 건축물 소유자는 자신들의 의사와 관계없이 강제로 재개발조합의 조합원이 될 수도 있었는데, 이러한 조합원에게 재개발사업에 필요한 비용을 부과·징수하기는 쉽지 않았다.

도시재개발법(1976. 12. 31. 제정된 것)

제17조(조합의 시행인가) ① 제9조의 규정에 의한 조합을 설립하여 재개발사업을 시행하고자 할 때에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 재개발구역안의 토지등의 소유자 5인 이상이 정관 및 사업시행계획서를 작성한 후 조합

의 설립과 재개발사업시행에 관하여 관할도지사를 거쳐 건설부장관의 인가를 받아야 한다.

제20조(조합원) ① 조합이 시행하는 재개발구역안의 토지등의 소유자와 지상권자는 당해 조합의 조합원이 된다.

이에 구 도시재개발법은 토지 또는 건축물 소유자에게 익숙한 구 토지구획정리사업법상 ‘가청산’이라는 용어를 사용하여, 재개발조합이 사업에 필요한 비용을 용이하게 부과·징수할 수 있도록 하려던 것으로 보인다. 다만, 구 도시재개발법상 가청산제도는 구 토지구획정리사업법상 가청산제도와 달리 사업대상구역 안에 있는 모든 토지 또는 건축물 소유자를 상대로 재개발사업에 필요한 비용을 충당할 수 있도록 하는 제도였다.

3) 구 도시재개발법상 가청산 조항의 삭제

구 도시재개발법은 1982. 12. 31. 개정으로 재개발조합에게도 분양신청을 하지 않았거나 철회한 사람을 상대로 하는 수용권을 인정하였다. 다만 가청산 조항과 청산조항을 그대로 남겨 두었으므로, 시행자는 분양신청을 하지 않았거나 철회한 사람에게 선택적으로 수용재결을 거쳐 손실보상금을 지급하거나 가청산금 또는 청산금을 지급할 수 있었다.

구 도시재개발법(1982. 12. 31. 개정된 것)

제38조(토지등의 수용) ① 시행자가 재개발구역안에서 그 사업을 위하여 필요한 토지·건축물 기타의 권리(이하 "토지등"이라 한다)는 제41조의 규정에 의한 관리처분계획에서 정한 대지 또는 건축시설의 분양을 보상조건으로 이를 수용할 수 있다. 이 경우, 토지수용법 제65조의 규정은 이를 적용하지 아니한다.

② 시행자는 제1항의 규정에 불구하고 분양신청을 하였거나 분양을 희망하는 자외의 자의 토지등은 도시계획법 제29조의 규정에 의하여 수용할 수 있다.

제44조(분양신청을 하지 아니한 자등에 대한 조치) 시행자는 재개발구역안의 토지등의 소유자가 제40조의 규정에 의한 분양신청을 하지 아니하거나 분양을 희망하지 아니할 때에는 제53조²⁹⁾의 규정에 의하여 청산하여야 한

다. 다만, 제38조제2항의 규정에 의하여 토지등이 수용된 경우에는 그러하지 아니하다.

분양신청을 하지 않거나 철회한 사람을 상대로 하는 수용권이 인정된 이상, 시행자는 분양신청기간 이후 언제든지 수용권을 행사해서 분양신청을 하지 않거나 철회한 사람의 토지 또는 건축물 소유권을 확보할 수 있었다. 구 도시재개발법은 시행자에게 수용권을 인정하면서도 가청산조항과 청산조항을 그대로 두어 불필요한 혼란을 가져왔다.

이후 구 도시재개발법은 1995. 12. 29. 가청산 조항을 삭제하였고, 청산조항과 수용조항만이 선택적으로 남게 되었다.

도시재개발법(1995. 12. 29. 전부개정된 것)

제31조(토지등의 수용) ① 시행자는 재개발구역안에서 그 사업을 위하여 필요한 토지·건축물 기타의 권리는 대지 또는 건축시설의 분양을 보상조건으로 이를 수용할 수 있다. 이 경우 토지수용법 제65조의 규정은 이를 적용하지 아니한다.

② 시행자는 다음 각호의 1에 해당하는 자의 토지·건축물 기타의 권리는 제1항의 규정에 불구하고 도시계획법 제29조의 규정에 의하여 수용할 수 있다.

1. 분양신청을 하지 아니한 자
2. 분양신청을 철회한 자
3. 제35조의 규정에 의한 관리처분계획의 기준에 의하여 분양대상에서 제외된 자

제36조(분양신청을 하지 아니한 자등에 대한 조치) 시행자는 토지등의 소유자가 제31조 제2항 각호의 1에 해당하는 때에는 제42조³⁰⁾의 규정에 의하여 청산하여야 한다. 다만, 제31조의 규정에 의하여 토지등이 수용된 경우에

29) 제53조(청산금등) ① 대지 또는 건축시설을 분양받을 자가 재개발사업의 시행전에 소유하고 있던 토지 또는 건축물의 가격과 재개발사업의 완료후에 관리처분계획에 의하여 분양받은 대지 또는 건축시설의 가격에 차액이 있을 때에는 시행자는 분양처분의 고시가 있는 후에 그 차액에 상당하는 금액을 징수하거나 지급하여야 한다.

② 제45조의 규정에 의하여 징수 또는 지급한 가청산금의 차액에 관하여도 제1항과 같다.

는 그러하지 아니하다.

4) 소결

구 도시재개발법은 시행자에게 분양신청을 하지 않거나 철회한 사람을 상대로 하는 수용권을 인정하면서도 가청산 조항과 청산조항을 그대로 두어 불필요한 혼란을 가중시켰다. 재개발조합을 처음 시행자로 규정하였을 때 바로 수용권을 인정하기에는 부담스러웠겠지만, 시행자로서 재개발조합의 지위가 안정된 이후에는 가청산 조항, 청산 조항을 모두 삭제하고 수용절차만을 남겨놓았어야 했다. 구 도시재개발법의 혼란스러운 태도는 현행 도시정비법에 그대로 이어지고 있다. 재개발사업은 2002. 12. 30. 도시정비법이 개정되면서 도시정비법에 흡수되었고, 구 도시재개발법은 폐지되었다.

5. 도시개발법과 도시정비법

(1) 도시개발법

도시개발은 1990년대 말에 이르기까지 주택단지개발, 산업단지개발 등의 단일목적을 위해 추진되었으므로, 복합적인 기능을 갖는 도시를 종합적·체계적으로 개발하기에는 한계가 있었다. 이에 구 도시계획법의 도시계획사업 관련 규정과 구 토지구획정리사업법을 통합·보완하여 2000. 1. 28. 도시개발을 위한 기본법인 도시개발법을 제정하였다.

도시개발법은 사업을 보다 탄력적으로 시행하기 위해, 사업의 성격에 따라 수용방식, 환지방식 또는 양자 혼용방식 중에서 자유롭게 시행방식

30) 제42조(청산금등) ① 대지 또는 건축시설을 분양받은 자가 종전에 소유하고 있던 토지 또는 건축물의 가격과 분양받은 대지 또는 건축시설의 가격에 차이가 있을 때에는 시행자는 분양처분의 고시가 있는 후에 그 차액에 상당하는 금액을 징수하거나 지급하여야 한다.

을 선택할 수 있도록 하였다. 수용방식은 구 도시계획법상 도시계획사업과 관련된 규정에서, 환지방식은 구 토지구획정리사업법에서 도입되었다.

도시개발법(2000. 1. 28. 제정된 것)

제20조(도시개발사업의 시행방식) ① 도시개발사업은 시행자가 도시개발구역안의 토지등을 수용 또는 사용하는 방식이나 환지방식 또는 이를 혼용하는 방식으로 시행할 수 있다.

도시개발법은 신속하게 사업을 시행할 수 있도록 시행자에게 수용권을 부여하되, 시행자가 공공조합, 법인 등인 경우에는 일정한 요건을 충족한 경우에만 수용권을 인정하여 토지소유자 등의 재산권이 침해될 여지를 줄이고자 하였다.

도시개발법(2000. 1. 28. 제정된 것)

제21조(토지등의 수용 또는 사용) ① 시행자는 도시개발사업에 필요한 토지등을 수용 또는 사용할 수 있다. 다만, 제11조 제1항 제5호 내지 제7호에 해당하는 시행자는 사업대상 토지면적의 3분의 2 이상에 해당하는 토지를 매입하고 토지소유자 총수의 3분의 2 이상에 해당하는 자의 동의를 얻어야 한다. ② 제1항의 규정에 의한 토지등의 수용 또는 사용에 관하여 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 토지수용법을 준용한다.

도시개발법은 환지대상자와 환지를 교부받지 않는 사람 모두 환지처분 이후에 종전 토지와 환지의 가격 차이를 금전으로 청산하도록 하고 있다. 다만 토지소유자가 환지를 원하지 않거나 토지면적이 과소한 경우에는 환지처분 이전이라도 청산금을 지급할 수 있도록 규정하고 있다.

도시개발법(2000. 1. 28. 제정된 것)

제40조(청산금) ① 환지를 정하거나 그 대상에서 제외한 경우에 그 과부족분에 대하여는 종전의 토지 및 환지의 위치·지목·면적·토질·수리·이용상황·환경 기타의 사항을 종합적으로 고려하여 금전으로 이를 청산하여야 한다. ② 제1항의 규정에 의한 청산금은 환지처분을 하는 때에 이를 결정하여야

한다. 다만, 제29조³¹⁾ 또는 제30조³²⁾의 규정에 의하여 환지대상에서 제외된 토지등에 대하여는 청산금을 교부하는 때에 이를 결정할 수 있다.

제45조(청산금의 징수·교부 등) ① 시행자는 환지처분의 공고가 있는 후에 확정된 청산금을 징수하거나 교부하여야 한다. 다만, 제29조 및 제30조의 규정에 의하여 환지를 정하지 아니하는 토지에 대하여는 환지처분전이라도 청산금을 교부할 수 있다.

이처럼 도시개발법은 수용방식, 환지방식, 혼용방식으로 도시개발사업을 시행할 수 있도록 하였고, 수용방식에는 수용과 손실보상조항, 환지방식에는 환지와 청산조항을 두고 있다.

(2) 도시정비법

1970년대 이후 산업화·도시화가 진행되는 과정에서 대량 공급된 주택들이 노후하면서 이들을 체계적이고 효율적으로 정비할 필요성이 커졌다. 이에 따라 2002. 12. 30. 별도의 법률에 규정되어 있던 주택재개발사업·주택재건축사업 등을 통합하여 도시정비법을 제정하였다.

도시정비법은 정비사업의 유형에 따라 시행방식을 달리 규정하고 있는데, 주택재개발사업은 수용방식을 원칙으로 하고 있다(제38조, 제40조).³³⁾ 사업시행자는 분양신청자에게 정비사업으로 조성되는 대지 또는 건축물을 현물로 보상하고,³⁴⁾ 종전 토지 또는 건축물과 분양받는 대지 또

31) **제29조(동의 등에 의한 환지의 제외)** 토지소유자의 신청 또는 동의가 있는 때에는 당해 토지의 전부 또는 일부에 대하여 환지를 정하지 아니할 수 있다. 다만, 당해 토지에 관하여 임차권자등이 있는 때에는 그 동의를 얻어야 한다.

32) **제30조(토지면적을 고려한 환지)** ① 시행자는 토지면적의 규모를 조정할 특별한 필요가 있는 때에는 면적이 작은 토지에 대하여는 과소토지가 되지 아니하도록 면적을 증가하여 환지를 정하거나 환지대상에서 제외할 수 있고, 면적이 넓은 토지에 대하여는 그 면적을 감소하여 환지를 정할 수 있다.

33) 주택재건축사업과 관련된 내용은 같은 장 ‘IV. 주택재건축사업과 현금청산제도’에서 자세히 살펴보기로 한다.

34) 실무상 현물보상을 조건으로 하는 수용절차가 실제로 진행되는 예는 거의

는 건축물에 가격 차이가 발생하면 이를 금전으로 청산한다.³⁵⁾

도시정비법은 분양신청을 하지 않거나 철회한 사람, 관리처분계획에 따라 분양대상에서 제외된 사람에게는 종전 토지 또는 건축물에 대응하여 현금으로 청산하도록 규정하고 있다. 도시정비법상 현금청산대상자는 동시에 수용대상인데, 수용절차에 앞서 현금청산절차를 거쳐야 한다.

도시정비법(2002. 12. 30. 제정된 것)

제47조(분양신청을 하지 아니한 자 등에 대한 조치) 사업시행자는 토지등 소유자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 그 해당하게 된 날부터 150일 이내에 대통령령이 정하는 절차에 따라 토지·건축물 또는 그 밖의 권리에 대하여 현금으로 청산하여야 한다.

1. 분양신청을 하지 아니한 자
2. 분양신청을 철회한 자
3. 제48조의 규정에 의하여 인가된 관리처분계획에 의하여 분양대상에서 제외된 자

도시정비법상 현금청산제도는 정비사업으로 조성되는 대지 또는 건축물을 공급받지 않겠다는 의사를 밝히거나 공급받지 못하는 사람을 대상으로 하고 있으므로, 분양대상자에게 사업비용을 부과·징수하는 구 도시재개발법상 가청산제도와 다르다. 또한 이전고시 이전에 확정적으로 현금청산금을 지급한다는 점에서도, 일단 가청산금을 지급하고 분양처분 이후에 다시 확정적인 청산절차를 거쳐야 하는 구 도시재개발법상 가청산제도와 차이를 보인다. 도시정비법상 현금청산제도는 환지계획이 인가된 때에 확정적으로 청산금을 지급할 수 있도록 한 구 토지구획정리사업

없다. 분양신청자는 조합정관에 따라 정비조합에게 토지 또는 건축물을 임의로 인도하고, 정비조합은 공사가 완료된 이후 관리처분계획과 이전고시를 통해서 대지 또는 건축물을 분양신청자에게 공급한다. 이는 번거로운 수용절차를 회피하기 위해 형성된 관행으로 보인다.

35) 실무상 분양신청자에게 청산금을 부과·징수하는 예는 거의 없다. 정비조합과 시공사는 분양신청자가 부담해야 하는 정비사업비와 청산금을 ‘조합원 분양계약’을 통해서 조합원 분담금의 형태로 납부하도록 하고 있다.

법상 사전청산제도와 유사한 제도로 보인다.

다만, 환지방식으로 시행되었던 토지구획정리사업과 달리 도시정비법상 주택재개발사업은 수용방식으로 시행된다. 사업시행자는 조합원이 확정적으로 대지 또는 건축물을 공급받지 않게 된 이후에는 언제든지 수용권을 행사하여 조합원의 토지 또는 건축물의 소유권을 취득할 수 있다. 따라서 도시정비법상 현금청산제도는 수용제도와 중복되어 불필요하다. 입법론적으로는 도시정비법상 현금청산조항을 삭제하고 현금청산대상자에게는 수용절차를 통하여 손실보상금을 지급하도록 해야 한다.

IV. 주택재건축사업과 현금청산제도

1. 임의가입제와 강제가입제

도시정비법은 정비사업의 유형에 따라 조합원이 될 수 있는 자격을 다르게 정하고 있다(제19조 제1항). 주택재개발사업에서는 정비구역 안에 있는 토지등소유자 전원이 조합원이 된다. 토지등소유자에 해당하면 조합설립에 동의하지 않더라도 주택재개발조합에 가입된다. 실무상 ‘강제가입제’라고 부른다. 반면 주택재건축사업에서는 정비구역 안 또는 정비구역이 아닌 구역에 있는 토지등소유자 중에서 조합설립에 동의한 사람만 조합원이 된다. 조합설립에 동의하지 않는 토지등소유자는 매도청구의 상대방이 된다(도시정비법 제39조). 실무상 ‘임의가입제’라고 부른다.³⁶⁾

주택재개발사업에서 토지등소유자는 조합설립에 동의하지 않더라도 조합원이 되므로, 조합설립의 동의는 토지등소유자에게 별다른 의미를 갖지 못한다. 주택재개발조합의 조합원은 주로 분양신청을 하였는지 하지 않았는지에 따라 정비사업으로 구성된 대지 또는 건축물을 공급받는지

36) 김종보, 「도시환경정비사업에서 시행자와 사업절차의 특수성」, 『법학논문집』 제31집 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2007. 8. 672면.

받지 않는지가 정해질 뿐이다. 그러나 주택재건축사업에서 조합설립에 동의하지 않은 토지등소유자는 조합원이 되지 못하고 정비사업으로 조성된 대지 또는 건축물을 공급받을 기회를 상실하므로, 조합설립에 동의하였는지 그렇지 않았는지가 토지등소유자에게 직접적인 영향을 준다.

2. 주택건설촉진법상 재건축사업

‘재건축조합’이라는 용어는 1987. 12. 4. 개정된 ‘주택건설촉진법’(이하 ‘구 주택건설촉진법’이라 한다)에서 처음 사용되었는데, ‘노후·불량한 주택을 철거하고 그 철거한 대지위에 주택을 건설하기 위하여 기존주택의 소유자가 설립한 조합’으로 정의되었다(제3조 제9호). 개정 이전의 주택건설촉진법에는 지역조합³⁷⁾과 직장조합³⁸⁾만이 규정되어 있었다. 재건축조합의 도입으로 무주택자뿐만 아니라 기존에 주택을 소유하고 있는 사람도 주택조합을 설립할 수 있게 되었다.

구 주택건설촉진법은 조합설립인가(제44조 제1항), 사업계획승인(제33조 제1항)을 제외하고는 재건축조합을 통제하는 다른 절차를 두지 않았다(제33조 제1항). 즉, 구 주택건설촉진법상 재건축사업에는 관리처분계획, 분양신청, 분양처분 등의 절차가 마련되어 있지 않았고, 당연히 현금청산절차도 규정되어 있지 않았다. 조합설립에 동의하지 않은 구분소유자는 매도청구의 대상이 되어 조합원이 될 수 없었고(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제48조), 일단 조합원이 된 이후에는 재건축조합에서 임의로 탈퇴할 수 없다고 인식되었다.

그러나 도시정비법이 제정되면서 재개발사업에만 적용되던 현금청산제도가 재건축사업에도 일괄적으로 적용되게 되었다. 그 결과 도시정비법

37) 동일 또는 인접한 시·군에 거주하는 주택이 없는 주민이 주택을 마련하기 위하여 설립한 조합을 의미한다.

38) 동일한 직장에 근무하는 주택이 없는 근로자가 주택을 마련하기 위하여 설립한 조합을 의미한다.

상 주택재건축사업에서 토지등소유자는 조합설립에 동의하여 조합원이 된 이후에도, 분양신청을 하지 않거나 철회하는 방법으로 현금청산을 받아 주택재건축사업에서 임의로 이탈할 수 있게 되었다.

3. 매도청구소송과 현금청산제도

현금청산절차에서 사업시행자와 현금청산대상자가 협의하여³⁹⁾ 현금청산금액을 정하지 못하는 경우, 사업시행자가 조합원의 토지 또는 건축물 소유권 등을 강제로 확보할 수 있는 방법이 마련되어야 한다. 특히 주택재건축사업에서는 현금청산대상자가 토지 또는 건축물의 소유권을 이전하지 않으면 종전 건축물을 철거할 방법이 없으므로 정비사업이 무한정 지연될 우려가 있다.

주택재개발조합은 조합원의 토지, 건축물 또는 그 밖의 권리를 수용할 수 있는 권한을 가지므로(도시정비법 제38조, 제40조), 협의로 현금청산금액을 정하지 못한 경우에는 수용절차를 통해서 토지 또는 건축물의 소유권을 확보할 수 있다. 그러나 주택재건축조합에게는 수용권이 인정되지 않으므로, 주택재건축조합은 토지 또는 건축물의 소유권을 확보할 수 있는 수단을 가지고 있지 않다.

대법원은 주택재건축사업에서 현금청산대상자가 되면 조합원 지위를 상실한다는 전제에서 매도청구소송과 관련된 조항을 준용해야 한다는 입장이다.⁴⁰⁾ 그러나 매도청구소송은 조합설립에 동의하지 않은 사람을 대상으로 하므로, 현금청산절차가 진행될 쯤에는 이미 매도청구소송이 진

39) 도시정비법은 사업시행자와 현금청산대상자가 ‘협의’하여 현금청산금액을 산정하도록 규정하고 있다. 그러나 사업시행자와 현금청산대상자는 단순히 현금청산금액을 논의하는데 그치는 것이 아니라, 지급하거나 지급받으려고 하는 현금청산금액을 구체적으로 정해야 한다. 따라서 도시정비법 제47조 제1항의 ‘협의’는 법률상 ‘합의’로 해석해야 한다. 다만, 이 연구에서는 혼동을 줄이기 위해서 ‘협의’라는 용어를 계속 사용하도록 한다.

40) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2011다16127 판결.

행 중이거나 종료되었을 가능성이 높다. 또한 조합설립의 동의와 분양신청은 별개의 절차이므로, 별도의 법률규정이 없는 이상 현금청산대상자를 조합설립에 동의하지 않은 사람으로 보아 조합원 지위를 상실하게 하거나 매도청구소송과 관련된 규정을 준용할 수는 없다.

2017. 2. 8. 전부개정된 도시정비법⁴¹⁾(이하 ‘개정 도시정비법’이라 한다)은 “사업시행자는 제1항에 따른 협의가 성립되지 아니하면 그 기간의 만료일 다음 날부터 60일 이내에 수용재결을 신청하거나 매도청구소송을 제기하여야 한다”고 규정하여(제73조 제2항), 현금청산대상자에게 매도청구소송을 제기할 수 있는 근거를 마련하였다.⁴²⁾

4. 소결

주택재건축사업에서는 조합설립의 동의로 토지등소유자의 사업 참여의사를 확인하므로, 관리처분계획에 따라 조합원에게 새롭게 조성된 대지와 건축물을 공급하면 되고 별도로 분양신청절차와 현금청산절차를 둘 필요가 없다. 현금청산제도는 조합원이 주택재건축사업에서 임의로 이탈할 수 있는 통로로 악용되고 있을 뿐이다. 따라서 주택재건축사업에는 분양신청제도와 현금청산제도가 적용되지 않도록 해석해야 한다.

41) 2018. 2. 9.부터 시행된다.

42) 다만 개정 도시정비법은 사업시행자가 분양신청을 하지 않은 사람 등과 토지, 건축물 또는 그 밖의 권리의 ‘손실보상’을 협의해야 한다고 규정하고 있으므로(제73조 제1항), 현금청산제도가 주택재개발사업에만 적용된다고 해석할 수 있는 여지가 있다.

제 2 절 현금청산제도의 취지

I. 현금청산의 현황과 증가원인

1. 현금청산의 현황

2007년부터 2011년까지 분양신청이 이루어진 서울·경기 지역 9개 정비구역의 현금청산비율을 분석해 보면, 글로벌 금융위기가 시작된 2008년 이후 현금청산비율이 급격히 증가한 사실을 알 수 있다. 2007년경 분양신청이 이루어진 정비구역은 현금청산비율이 2~7% 정도였으나, 2009년경 분양신청이 이루어진 정비구역은 현금청산비율이 5~30% 정도에 이르렀다. 일부 정비구역에서는 현금청산대상자의 증가로 정비사업이 더 이상 진행되지 못하기도 하였다.

[표1] 주요 사업진행지구 현금청산 현황⁴³⁾

[단위: 인, %]

구 분	성남중동3 (재개발)	성남단대 (재개발)	성남동보빌라 (재건축)	안양A (재개발)	경기남양주 (재건축)	서울도봉구 (재개발)	서울은평구 (재개발)	서울양천구 (재개발)	수원팔달구 (재개발)
분양신청	2007. 4.	2007. 9.	2009. 10.	2009. 8	2007. 9.	2009. 1.	2009. 4.	2010. 10.	2011. 1.
관리처분인가	2008. 2.	2008. 6.	2010. 7.	2011. 11.	2008. 1.	2009. 7.	2010. 6.	2011. 6.	2011. 10.
분양계약	2009. 11.	2009. 11.	2010. 9.	미시행	-	-	-	-	-
대상자(A)	331	703	140	3,573	153	171	174	168	82
현금청산자(B)	8	28	8	314	11	16	36	40	25
현금청산비율(C) [C=B/A*100]	2.42	3.98	5.71	8.8	7.19	9.36	20.69	23.81	30.49

2. 현금청산의 증가원인

(1) 현금청산제도의 잘못된 운영

43) 김주진·김옥연·이봉진·정경석, 「정비사업의 현금청산제도 개선 방향 연구」, 토지주택연구원, 2012. 12. 46면.

1) 현금청산제도의 도입배경

현금청산제도는 사업시행자가 정비사업으로 조성되는 대지 또는 건축물을 공급받지 않는 조합원을 상대로 토지·건축물 또는 그 밖의 권리를 현금으로 청산하는 제도이다.

이전고시 이후에 청산금을 지급하는 청산제도를 이용할 경우, 사업시행자는 대지 또는 건축물을 공급받지 않는 조합원을 장기간 정비사업에 참여하도록 해야 한다. 이는 조합원에게 대지 또는 건축물을 ‘공급’하려는 정비사업의 목적에 맞지 않을 뿐만 아니라, 정비사업을 원활하게 시행할 수 없게 만든다. 이에 사업시행자가 현금청산대상자를 정비사업에서 신속하게 배제할 수 있도록 하기 위해 현금청산제도가 도입되었다. 대법원도 이와 동일하게 인식하고 있다.⁴⁴⁾

2) 현금청산을 신청할 권리

도시정비법은 현금청산의 주체를 ‘사업시행자’로 규정하고 있을 뿐, 달리 조합원에게 현금청산을 신청할 권리를 부여하고 있지 않다(제47조 제1항). ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(이하 ‘토지보상법’이라 한다)의 예를 보면, 사업시행자에게 재결을 ‘신청’할 권한을, 토지소유자와 관계인에게는 사업시행자에게 재결 신청을 ‘청구’할 수 있는 권리를 인정하면서(제28조 제1항, 제30조 제1항), 명시적으로 ‘재결을 신청할 수 있다’, ‘재결을 신청할 것을 청구할 수 있다’는 표현을 사용하고 있다. 이러한 토지보상법의 입법형식과 비교할 때, 도시정비법 제47조 제1항에서 조합원에게 현금청산을 신청할 권리를 도출하기는 어렵다.

44) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2009다81203 판결. “도시정비법 및 조합 정관에서 현금청산조항을 규정한 것은 분양신청을 하지 않은 조합원 등에 대하여는 현금청산이 가능하게 함으로써 재건축사업을 신속하고도 차질 없이 추진할 수 있도록 하려는데 그 취지가 있다”

대법원은 다수의 사건에서 현금청산대상자에게 현금청산을 신청할 권리를 인정하면서, 다만 공평의 원칙상 현금청산대상자의 토지 또는 건축물 소유권이전등기의무와 사업시행자의 청산금지급의무는 동시이행관계에 있다는 입장이다.⁴⁵⁾

그러나 도시정비법은 조합원에게 현금청산을 신청할 권리를 인정하지 않는 대신, 사업시행자에게 관리처분계획 인가를 받은 날의 다음날로부터 90일 이내에 신속하게 현금청산의무를 이행하도록 규정하고 있다. 조합원에게 현금청산을 신청할 권리를 인정하는 것은 현금청산제도의 취지, 도시정비법 제47조 제1항의 문언에 반한다. 이러한 잘못된 제도 운영은 현금청산이 급증하는 중요한 원인이 되었다.

(2) 부동산시장의 침체

부동산시장은 1998년 발생한 외환위기로 침체되었다가, 이후 다양한 경기 활성화 정책으로 2001년부터 2004년까지 회복세를 보였고 오히려 투기양상이 나타났다. 이에 정부는 부동산 투기 억제정책을 펼쳤고, 2005년에 접어들면서 그 정책이 효력을 발휘하기 시작하였다. 이후 2008년 미국에서 서브프라임 모기지 론(Subprime Mortgage Loan)⁴⁶⁾의 부실로 대형 투자은행 3개 사가 파산하고 세계 최대 보험회사인 AIG가 파산 직전까지 가면서 글로벌 금융위기가 촉발되었고, 2005년부터 2009년까지 부동산시장이 급격하게 침체되었다.

2010년 이후 부동산시장의 침체가 어느 정도 회복되는 모습을 보이기는 하였으나, 2001년부터 2004년까지의 부동산 경기에 미치지 못하였고, 특히 2015년 이후 다시 미분양 주택이 증가하는 추세인 것으로 보인다.

45) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다37780 판결, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012다110477, 110484 판결.

46) 신용등급이 낮은 저소득층에게 주택 자금을 빌려 주는 미국의 주택담보대출 상품으로, 우리말로 '비우량주택담보대출'이라 한다.

다.⁴⁷⁾ 이처럼 글로벌 금융위기 등에 따른 부동산시장의 침체가 현금청산의 증가원인이 되었다.

(3) 주택구매력의 감소

국토연구원의 주거실태조사자료에 따르면, 국민이 가구주가 된 이후 생애최초주택을 구입하기까지 소유되는 기간은 시간이 지날수록 증가하여 2006년 8.07년에서 2010년에는 8.48년으로 5개월 정도 늘어났다.⁴⁸⁾ 이러한 결과는 실질소득상승이 주택가격상승을 따라가지 못해서 실질적인 주택 구매력이 감소한 사실을 보여준다.

[표2] 최초주택구입 소요연수⁴⁹⁾

[단위: %, 년]

구분		3년 미만	3~5년 미만	5~10년 미만	10~15년 미만	15~20년 미만	20년 이상	계	평균 소요연수
전 국	2006	32.13	9.86	20.85	17.53	6.97	12.67	100	8.07
	2008	34.08	9.90	20.78	15.48	7.72	12.04	100	8.31
	2010	29.80	10.39	22.19	17.50	9.31	10.81	100	8.48
수도권	2006	30.75	11.04	22.06	18.03	6.44	11.68	100	7.90
	2008	27.55	11.45	23.36	16.89	8.15	12.61	100	8.96
	2010	24.40	12.18	24.05	18.47	8.95	11.94	100	9.01
광역시	2006	27.76	9.81	22.00	19.68	7.30	13.46	100	8.60
	2008	30.49	10.51	21.36	16.33	7.94	13.37	100	8.84
	2010	24.99	10.42	24.66	19.11	9.73	11.10	100	8.94
도지역	2006	36.50	8.36	18.61	15.60	7.46	13.47	100	7.98
	2008	44.28	7.62	17.24	13.24	7.08	10.54	100	7.19
	2010	39.46	8.11	18.39	15.32	9.52	9.19	100	7.53

이러한 주택구매력의 감소는 조합원들이 분담금을 제대로 납부할 수 없도록 만들었고, 결국 현금청산이 증가하는 원인이 되었다.

II. 현금청산이 정비사업에 미치는 영향

47) 김주진·김옥연·이봉진·정경석, 앞의 보고서, 50면.

48) 국토연구원, 2010년 주거실태조사.

49) 김주진·김옥연·이봉진·정경석, 앞의 보고서, 53면.

1. 현금청산과 정비사업비의 관계

정비사업비는 공사비 등 정비사업에 드는 비용을 의미한다(도시정비법 제8조 제9항 제2호). 사업시행자는 정비사업을 계속하기 위해서 현금청산대상자에게 현금청산금을 지급해야 하므로(도시정비법 제47조 제1항), 현금청산금은 정비사업을 진행하기 위해서 반드시 필요한 비용, 정비사업비에 해당한다. 따라서 현금청산대상자의 증가는 결국 정비사업비의 증가로 이어지게 되므로 정비사업의 성패의 중요한 영향을 미친다.

2. 현금청산과 다른 조합원의 부담

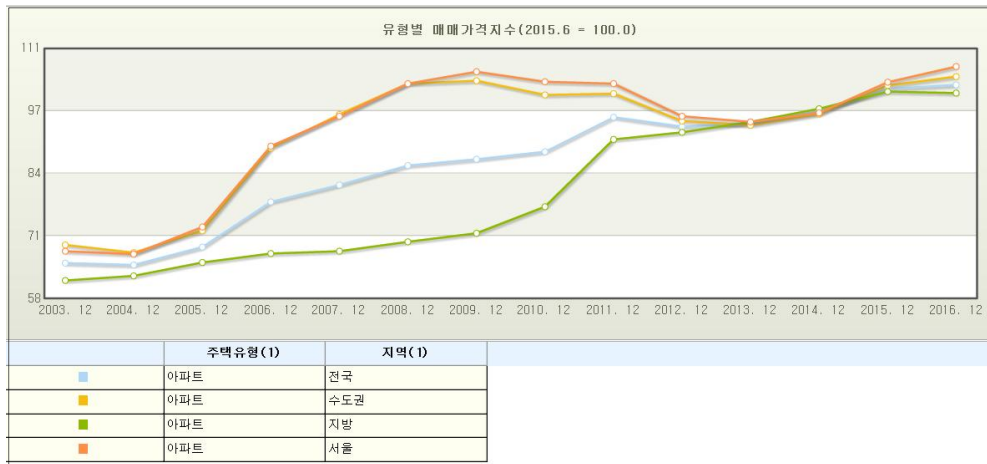
부동산시장이 활황기인 때에는 일반에게 분양되는 대지 또는 건축물의 가격이 조합원에게 공급될 때보다 평균적으로 20% 이상 높았다. 그렇기 때문에 사업시행자는 현금청산대상자에게 공급할 대지 또는 건축물을 일반분양분으로 전환하여 오히려 더 많은 개발이익을 얻기도 하였다.⁵⁰⁾ 그러나 2008년 글로벌 금융위기 이후 서울과 수도권의 주택가격은 상승폭이 둔화되거나 하락하였고, 현금청산대상자에게 공급되지 않은 대지 또는 건축물을 일반분양분으로 전환하더라도 이전처럼 높은 분양이익을 얻을 수 없었다. 심지어 분양이 제대로 되지 않는 경우도 있었다.

현금청산대상자가 증가하면 현금청산금과 그 이자비용이 상승하여 사업시행자의 원활한 사업수행을 어렵게 할 뿐만 아니라, 사업추진의 지속가능성을 담보할 수 없다. 또한 현금청산금 증가에 따라 정비사업비가 늘어날 경우 다른 조합원이 부담해야 할 분담금이 증가한다. 더구나 대법원과 같이 원칙적으로 현금청산대상자에게 현금청산사유가 발생할 때까지 사용된 정비사업비를 부담하지 않는다고 본다면,⁵¹⁾ 현금청산대상자가 늘어날수록 다른 조합원이 부담해야 할 분담금은 더욱 증가한다.

50) 김주진·김옥연·이봉진·정경석, 앞의 보고서, 54면.

51) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2013다217412 판결(주택재건축사업), 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013두19486 판결(주택재개발사업).

[그림] 주택매매가격지수



Ⅲ. 사업시행자의 권한으로서 현금청산

1. 부동산 가격상승과 현금청산

1970년대 이후 빠른 속도로 산업화가 진행되면서 많은 인구가 도시로 몰려들었고, 이에 따라 정부는 공동주택을 대량으로 공급하기 위해 지속적으로 부동산 가격의 상승을 뒷받침하는 정책을 수립·시행하였다. 이러한 부동산 가격 상승기에는 정비사업으로 공급받은 대지 또는 건축물을 통해서 많은 이익을 얻을 수 있었으므로, 현금청산제도를 이용하여 대지 또는 건축물을 공급받지 않고 정비사업에서 이탈하려는 조합원은 찾아보기 어려웠다. 이러한 시기에 현금청산은 그 건수가 적었을 뿐만 아니라, 현금청산대상자에게 공급할 대지 또는 건축물을 일반에 분양할 경우 더 큰 이익을 얻을 수 있었으므로, 정비사업의 성패에 별다른 영향을 주지 않았다. 즉, 현금청산제도는 부동산 가격 상승을 전제로 사업시행자에게 대지 또는 건축물을 공급받지 않는 소수의 조합원을 정비사업에서 배제할 수 있는 권한을 부여하는 제도였다.

그러나 2008년 전세계적인 금융위기 이후 부동산 가격의 상승폭이 둔

화되거나 하락하자, 정비사업으로 조성된 대지 또는 건축물을 통해서도 기대한 만큼의 수익을 얻기 어렵게 되었다. 이에 조합원이 정비사업비 부담을 회피하기 위해서 현금청산제도를 이용하여 정비사업에서 임의로 이탈하는 사례가 늘고 있다. 이는 현금청산제도의 취지에 어긋날 뿐만 아니라 정비사업의 시행을 크게 저해한다.

2. 현금청산제도 운영방안

현금청산제도는 부동산 가격의 지속적인 상승을 전제로 만들어진 제도 이므로, 부동산 가격의 상승폭이 둔화되거나 하락하는 시기에는 현금청산을 제한하는 방향으로 운용되어야 한다.

사업시행자가 현금청산 여부를 결정하도록 하고, 현금청산을 하더라도 당시의 조합재산을 반영하여 현금청산금액을 산정하도록 해야 한다. 즉, 조합설립에 동의한 조합원은 현금청산대상자가 되더라도 정비사업비를 부담하도록 현금청산제도를 운영해야 한다.⁵²⁾

개정 도시정비법은 사업시행자에게 관리처분계획이 인가·고시된 다음 날부터 90일 이내에 현금청산대상자와 손실보상을 ‘협의’하고, 협의가 성립하지 않으면 다시 60일 이내에 수용재결을 신청하거나 매도청구소송을 제기해야 할 의무만을 부과하고 있다(제73조 제1항). 그러므로 사업시행자는 같은 기간에 ‘현금청산’을 완료해야 할 의무를 부과하고 있는 현행 도시정비법과 비교하여, 시간적인 여유를 가질 수 있게 되었다.

52) 자세한 내용은 ‘제3장 현금청산제도의 법적성질’ 이하에서 검토하기로 한다. 다만, 뒤에서 검토하는 것처럼 현금청산제도는 수용제도와 중복되어 불필요한 측면이 있다. 따라서 궁극적으로는 도시정비법에서 현금청산조항을 삭제해야 한다. 주택재개발사업에서는 대지 또는 건축물을 공급받지 않는 사람을 수용대상자로 보아 손실보상금을 지급하고, 주택재건축사업에서는 별도의 분양신청절차 없이 일단 조합설립에 동의한 조합원에게는 관리처분계획에 따라 대지 또는 건축물을 공급해야 한다.

제 3 절 분양신청과 현금청산제도

I. 분양신청제도의 개관

1. 분양공고와 분양신청

(1) 분양공고절차

사업시행계획인가가 고시되면(도시정비법 제28조), 정비조합은 조합원에게 대지 또는 건축물을 공급하는 관리처분절차를 진행한다. 관리처분절차는 분양공고로 시작되는데, 정비조합은 사업시행인가의 고시가 있는 날부터 60일 이내에 개략적인 부담금내역과 분양신청기간 등을 조합원에게 통지하고, 조합원에게 공급될 대지 또는 건축물의 내역 등을 일간신문에 공고해야 한다(도시정비법 제46조 제1항, 같은 법 시행령 제47조 제1항).⁵³⁾ 이 경우 분양신청기간은 그 통지한 날부터 30일 이상 60일 이내로 정해야 한다(도시정비법 제46조 제1항). 도시정비법은 정비사업을 신속하게 진행하기 위해서 사업시행계획인가 고시일로부터 일정한 기간 안에 분양공고와 분양신청이 이루어지도록 규정하고 있다.

(2) 분양신청의 의의

대지 또는 건축물을 공급받고자 하는 조합원은 분양신청기간에 일정한 방법과 절차에 따라 분양신청을 해야 한다(도시정비법 제46조 제2항, 같은 법 시행령 제47조 제2항). 조합원의 분양신청은 관리처분계획에 따라 대지 또는 건축물을 공급받겠다는 의사표시에 해당한다.⁵⁴⁾ 구 주택건설

53) 개정 도시정비법은 종전 토지 또는 건축물의 가격, 부담금의 추산액, 분양신청기간 등을 사업시행계획인가의 고시가 있는 날부터 120일 이내에 통지하도록 하였다(제72조 제1항, 제1항).

54) 김종보, 앞의 논문(도시환경정비사업에서 시행자과 사업절차의 특수성), 675면.

촉진법은 재건축사업에 분양신청절차와 관리처분절차를 두지 않았으나, 도시정비법이 제정되면서 주택재건축사업에도 분양신청절차와 관리처분절차가 적용되게 되었다.

2. 분양신청의 법적기능

정비조합은 분양신청기간이 종료되면 분양신청 현황을 기초로 관리처분계획을 수립하여 인가를 받아야 한다. 관리처분계획을 수립할 때에는 조합원 총회의 의결을 거쳐야 한다(도시정비법 제48조 제1항, 제24조 제3항 제10호). 관리처분절차는 분양신청을 한 조합원에게 권리를 배분하는 절차이므로 조합원이라도 분양신청을 하지 않으면 더 이상 관리처분절차에 참여할 수 없다. 도시정비법은 관리처분계획의 공람계획과 관리처분계획인가의 내용 등을 분양신청을 한 조합원에게 통지하고(제49조 제4항), 관리처분계획 역시 분양신청을 한 조합원을 기준으로 수립하도록 정하고 있다(제48조 제2항 제1호). 이처럼 분양신청은 조합원 중에서 관리처분절차에 참여할 사람을 구별하는 기준이 된다.⁵⁵⁾

3. 취득·배분방식과 분양신청

공용환지방식⁵⁶⁾에 따라 시행되는 전형적인 사업인 도시개발사업에서는 환지계획을 수립하기 위해 별도로 분양신청절차를 두지 않는다(도시개발법 제28조, 제29조). 환지처분은 토지와 토지를 일대일로 대응하여 변환하는 대물적 처분의 성격을 가지고 있으므로,⁵⁷⁾ 토지소유자의 의사와 무관하게 환지가 이루어지기 때문이다.

55) 김중보, 앞의 논문(도시환경정비사업에서 시행자과 사업절차의 특수성), 676면.

56) 자세한 내용은 제4장 제3절 II. '2. 공용환권방식과 취득·배분방식'에서 검토하기로 한다.

57) 대법원 1987. 2. 10. 선고 86다카285 판결. “사업시행자가 종전 토지소유자가 아닌 다른 사람을 환지받는 권리자로 지정하였다 하여 종전 토지소유자가 환지의 소유권을 취득하고 이를 행사함에 있어서는 아무런 영향이 없다”

이와 다르게 취득·배분방식으로 시행되는 정비사업에서는 사업시행자가 토지등소유자에게서 종전 토지 또는 건축물 소유권 등을 취득한 다음 관리처분계획에 따라 배분한다. 정비사업으로 조성된 대지 또는 건축물을 토지등소유자에게 배분하려면 토지등소유자들의 희망평형 등을 알 필요가 있고, 대지 또는 건축물을 배분받지 않는 현금청산대상자를 정하는 일정한 기준을 마련할 필요가 있다. 따라서 별도의 분양신청절차를 두게 된다. 정비사업에서 분양신청절차를 중요하게 취급하는 이유는 정비사업이 취득·배분방식으로 시행되고 있기 때문이다.⁵⁸⁾

II. 정비사업의 동의와 분양신청

1. 도시정비법상 동의의 의미

(1) 광의의 동의와 협의의 동의

사업시행자인 정비조합이 사업의 단계에 따라 일정한 절차를 진행하려면 그 요건으로 조합원의 동의가 필요하다. 즉, 정비조합은 조합설립인가와 사업시행계획인가의 신청(도시정비법 제16조, 제28조), 관리처분계획의 수립, 시공자의 선정 등 사업절차를 진행하기 위해 조합원 총회에서 일정한 비율 이상의 동의를 얻어야 한다(도시정비법 제24조 제3항 제6호, 제10호). 그러므로 도시정비법상 조합원의 동의는 광의로 보면 특정 사업절차를 대상으로 하는 찬성의 의사표시로 볼 수 있다.⁵⁹⁾

반면 통상 정비사업에서 ‘동의하지 아니한 자’와 ‘동의한 자’를 구별할 때 사용되는 ‘동의’는 조합설립의 동의를 의미한다. 그러므로 도시정비법상 조합원의 동의는 협의로는 조합정관에 찬성하고 향후 진행될 정비사

58) 김종보, 「정비사업의 구조이론과 동의의 평가」, 『일감법학』 제20호, 건국대학교 법학연구소, 2011. 8. 157면.

59) 김종보, 앞의 논문(도시환경정비사업에서 시행자와 사업절차의 특수성), 671~672면.

업에 협력하겠다는 의사표시를 의미한다.⁶⁰⁾

(2) 조합설립에 동의하지 않은 사람의 법적지위

강제가입제로 운영되는 주택재개발사업에서는 정비조합 설립에 동의하지 않은 사람이라도 정비조합의 구성원으로서 일반적인 권리와 의무를 가진다. 조합원은 사업시행계획과 관리처분계획을 수립하기 위한 조합원 총회 등에 참여할 수 있다.⁶¹⁾ 임의가입제로 운영되는 주택재건축사업에서는 조합설립에 동의하지 않은 사람은 조합원이 될 수 없고, 매도청구 소송의 상대방이 된다(도시정비법 제39조).

2. 정비사업의 동의와 분양신청의 관계

정비사업에서 동의는 조합설립에 찬성한다는 의사표시인 반면, 분양신청은 대지 또는 건축물을 공급받겠다는 의사표시를 의미하므로, 정비사업에서 동의와 분양신청은 그 의미와 취지가 다르다.⁶²⁾

조합설립에 동의하지 않았더라도 분양신청을 하지 않거나 철회한 사람이 되는 것은 아니고, 분양신청을 하지 않거나 철회하였더라도 조합설립에 동의하지 않은 사람으로 볼 수는 없다.⁶³⁾ 조합설립에 동의한 토지등 소유자라도 분양신청을 하지 않을 수 있고, 주택재개발사업에서는 조합설립에 동의하지 않은 토지등소유자라도 분양신청을 할 수 있다.

Ⅲ. 분양신청과 현금청산대상자

60) 김종보, 앞의 논문(도시환경정비사업에서 시행자와 사업절차의 특수성), 672면.

61) 김종보, 앞의 논문(도시환경정비사업에서 시행자와 사업절차의 특수성), 673~674면.

62) 김종보, 앞의 논문(정비사업의 구조이론과 동의의 평가), 146면.

63) 김종보, 앞의 논문(도시환경정비사업에서 시행자와 사업절차의 특수성), 674면.

분양신청은 사업시행자가 관리처분계획을 용이하게 수립할 수 있도록 돕는 절차로서 조합원에게 희망평형 등을 신청할 제한적인 권리만을 부여한다.⁶⁴⁾ 그러므로 조합설립에 동의한 조합원이 정비사업에서 이탈하기 위한 수단으로 분양신청절차를 이용하게 하는 것은 타당하지 않다.

따라서 사업시행자가 분양신청을 하지 않거나 철회한 조합원을 현금청산할지 그렇지 않을지 선택할 수 있다고 해석해야 한다.⁶⁵⁾ 주택재건축사업에서 사업시행자는 조합원이 분양신청을 하지 않거나 분양신청기간에 철회하더라도 관리처분계획에 따라 대지 또는 건축물을 공급할 수 있다고 보아야 한다.⁶⁶⁾

64) 김종보, 앞의 논문(정비사업의 구조이론과 동의의 평가), 176면

65) 물론 사업시행자에게 현금청산의무를 부과하고 있는 도시정비법 제47조 제1항의 문언상 이러한 해석이 쉽지는 않다. 그러나 현금청산제도의 취지를 고려하면 가능한 한 현금청산을 사업시행자의 권한으로 해석해야 한다.

66) 주택재개발사업에서 조합설립에 동의한 조합원이 분양신청을 하지 않거나 철회한 경우에는 주택재건축사업에서 분양신청을 하지 않거나 철회한 경우와 그 외관이 유사하다. 그러나 주택재개발사업은 강제가입제로 운영되고 있어 조합설립의 동의에 주택재건축사업과 같은 정도의 의미를 부여하기 어려우므로, 주택재건축사업과 다르게 볼 여지가 있다.

제 3 장 현금청산제도의 법적성질

제 1 절 연구의 필요성

도시정비법은 정비조합과 현금청산대상자가 협의하여 현금청산금액을 산정해야 한다는 조항을 제외하고는 현금청산금액 산정을 위한 다른 조항을 두고 있지 않다. 이 때문에 현금청산대상자의 범위, 현금청산금액의 산정기준과 방법, 현금청산제도와 조합원 지위의 관계 등을 둘러싸고 견해가 대립하고 있다.

이러한 문제의 해결방법을 찾기 위해서는 현금청산제도의 법적성질, 즉 조합원이 현금을 받고 정비사업에서 중도에 이탈하는 행위가 법률적으로 어떠한 의미를 갖는지 검토해야 한다. 현금청산제도의 법적성질을 파악하기 위해서는 정비조합의 법적성질, 현금청산제도와 청산제도의 관계, 현금청산제도와 수용제도의 관계를 살펴볼 필요가 있다.

대법원은 구 주택건설촉진법상 재건축주택조합을 비법인사단으로 보았는데,⁶⁷⁾ 이러한 태도는 도시정비법의 시행 이후에도 다르지 않은 것으로 보인다.⁶⁸⁾ 그러나 정비조합이 사단의 성질만을 가질 뿐, 민법상 조합의 성질을 가지고 있지 않다고 단정하기는 어렵다.

만약 정비조합이 사단의 성질뿐만 아니라 민법상 조합의 성질도 지니고 있다면, 현금청산은 민법상 조합원의 탈퇴와 유사하다고 볼 수 있으므로 탈퇴 당시의 조합재산을 기준으로 현금청산금액을 산정해야 한다.

67) 대법원 2007. 4. 19. 선고 2004다60072, 60089 판결, 대법원 1997. 5. 30. 선고 96다23887 판결.

68) 도시정비법상 주택재개발조합의 법적성질과 관련된 명시적인 대법원 판례는 찾기 어렵다. 그러나 대법원이 조합설립을 위한 추진위원회를 비법인사단으로 보고 있는 점(대법원 2014. 2. 27. 선고 2011두2248 판결) 등을 고려하면, 주택재개발조합 역시 비법인사단으로 보고 있다고 판단된다.

현금청산이 이전고시 이전의 사전청산에 해당한다면 현금청산금액을 산정하면서도 청산금액을 산정할 때와 마찬가지로 정비사업비를 공제해야 한다. 나아가 현금청산제도가 실무상 수용재결을 위한 사전 협의절차로 운영되고 있을 뿐 독립적인 의미를 가지지 못한다면, 궁극적으로는 현금청산제도를 폐지하고 정비사업에서 중도에 이탈하는 조합원에게는 수용절차를 거쳐 손실보상금을 지급하도록 해야 한다.

제 2 절 정비조합과 현금청산제도

I. 개설

정비사업은 원칙적으로 정비조합이 시행한다(도시정비법 제8조). 정비조합에게는 법인격이 부여된다(도시정비법 제18조 제1항). 정비조합의 법률관계에는 도시정비법의 규정을 제외하고는 민법의 사단법인과 관련된 규정이 준용된다(도시정비법 제27조).

그러나 도시정비법이 정비조합에게 법인격을 부여하고 민법의 사단법인과 관련된 규정을 준용하게 하더라도, 정비조합의 법적성질이 사단이라고 단정할 수는 없다. 법인격의 유무는 단체의 법적성질과 필연적으로 연결되지 않고, 조합이나 사단의 전형적인 모습에 들어맞는 단체보다는 양자의 중간적인 형태를 띠는 단체가 더 많기 때문이다.

정비조합이 조합과 사단의 성질을 모두 지니고 있다면, 정비조합의 법률관계 중 사단의 성질 또는 법인격과 관련된 부분에는 민법상 사단법인과 관련된 규정을 준용하더라도, 조합의 성질과 관련된 부분에는 민법상 조합과 관련된 규정을 유추적용해야 한다.⁶⁹⁾ 현금청산절차에 민법상 사단법인과 관련된 규정이 준용되어야 하는지, 민법상 조합과 관련된 규정이 유추적용되어야 하는지는 정비조합이 민법상 조합의 성질을 지니고 있는지, 현금청산절차를 둘러싼 법률관계가 민법상 조합의 성질과 관련되었는지에 따라 결정된다.

II. 단체와 법인격

1. 단체의 개념과 유형

69) 김종보, 앞의 책, 430면.

(1) 단체의 개념

가장 넓은 개념의 단체는 자연인과 대비하여 자연인을 제외하고 권리 주체의 속성을 가지는 모든 조직체를 통칭한다.⁷⁰⁾ 단체는 사람들의 결합으로 구성될 수도 있고, 인적결합 없이 일정한 재산만으로 이루어질 수도 있다. 일반적으로 단체는 인적결합을 의미한다.

(2) 단체의 유형

단체의 대표적인 유형으로 조합과 사단을 생각해 볼 수 있다. 조합과 사단은 단체성의 강약에 차이가 있다. 2인 이상이 서로 출자하여 공동사업을 경영할 목적으로 결합한 단체를 조합이라 한다(민법 제703조). 조합은 조합원과 독립한 존재이므로 단체기는 하지만, 단체의 단일성보다는 조합원의 개성이 강하게 표면에 나타난다. 조합은 조합원 전원 또는 전원에게서 대리권을 수여받은 대리인을 통해서 행위하고, 그 법률효과는 조합원 전원에게 귀속한다. 조합의 자산은 조합원 전원이 공동으로 소유하고 조합의 부채는 조합원 전원이 공동으로 부담한다. 다만, 조합원 전원의 의견이 합치하지 않을 때에는 다수결로 결정해야 하는 경우도 있고, 자산의 공동소유와 부채의 공동부담은 단체성의 제한을 받는다.⁷¹⁾

민법은 사단의 개념을 따로 정하고 있지 않지만, 일정한 목적을 위해 결합된 사람들의 단체를 사단으로 볼 수 있다.⁷²⁾ 대법원 역시 일정한 목적을 위해서 조직된 다수인의 결합체로서 대외적으로 단체를 대표할 기관을 정하고 있는 단체가 사단이라는 입장이다.⁷³⁾ 사단은 자신의 기관을 통해서 행위를 하고, 그 법률효과는 사원이 아니라 사단 자신에게 귀속한다. 사원은 총회에서 다수결 원리에 따라 기관의 행동을 감독하고, 사

70) 송호영, 『법인론』, 새문사, 2013. 25면.

71) 박윤직·김재형, 앞의 책, 162면.

72) 이철송, 『회사법강의』, 박영사, 2017. 2. 42면.

73) 대법원 1997. 12. 9. 선고 97다18547 판결.

단의 운영에 참여할 수 있을 뿐이다. 사단의 자산이나 부채도 모두 사단 자신에게 귀속하고, 사원은 사단의 채무를 책임지지 않는다.⁷⁴⁾

이처럼 조합은 그 단체성보다 구성원들의 개성이 뚜렷하고, 사단은 그 단체성이 우월하여 구성원과 독립성이 인정된다.

2. 단체와 법인격의 관계

(1) 법인제도의 의의와 목적

자연인 외에 법인격이 인정되는 권리·의무의 주체가 법인이다.⁷⁵⁾ 법인은 법률의 규정이 있는 경우에만 성립할 수 있다(민법 제31조). 법인제도는 단체가 보다 쉽게 거래에 참여하도록 하는 목적과 기능을 가지고 있다. 단체가 그 구성원과 독립하여 실체를 가지고 있다면 거래당사자가 명확해지고, 거래가 보다 쉽게 이루어질 수 있다.⁷⁶⁾ 즉, 법인제도는 단체의 법률관계를 단순·명확하게 하여 단체설립을 촉진하고, 이를 통해서 대규모 경제활동이 가능하도록 하는 법적 기술이다.

(2) 입법정책으로서 법인격

조합과 사단은 그 단체성의 강약에 차이가 있을 뿐이고 단체라는 점에서는 다르지 않다. 그러므로 사단만이 법인이 될 수 있는 것이 아니라, 조합과 사단 모두 법인이 될 수 있다. 단체가 조합인지 사단인지는 단체의 법적성질 또는 실체에 따른 구별일 뿐이고, 그 단체에 법인격을 부여할지 아닐지는 입법정책의 문제이다.⁷⁷⁾ 법인격은 단체가 외부관계에서 권리·의무의 주체가 될 수 있는지의 문제이므로, 법인격의 유무와 단체

74) 박윤직·김재형, 앞의 책, 161면.

75) 박윤직·김재형, 앞의 책, 154면.

76) 박윤직·김재형, 앞의 책, 154~155면.

77) 박윤직·김재형, 앞의 책, 162면.

성의 강약 사이에는 필연적인 연관관계가 없다.⁷⁸⁾

따라서 단체의 실체가 조합이면서도 법인격이 부여될 수 있고, 사단이면서도 법인격이 부여되지 않을 수 있다. 전자의 예로 상법상 합명회사, 합자회사, 유한책임회사 등을 생각해 볼 수 있고, 후자의 예로는 법인격이 없는 사단을 생각해 볼 수 있다. 상법상 합명회사 등은 상법에 따라 법인격이 부여되지만 그 실질은 조합이므로 내부관계에서는 민법상 조합과 관련된 규정이 준용된다. 법인격 없는 사단은 말 그대로 사단이지만 법인격이 없는 사단을 의미한다. 대법원 역시 사단에게 반드시 법인격이 인정되지는 않는다는 입장이다.⁷⁹⁾ 따라서 도시정비법이 정비조합에게 법인격을 부여하였다고 하여 정비조합이 사단의 법적성질을 지니고 있다고 단정할 수는 없다.

Ⅲ. 조합의 성질과 사단의 성질

1. 단체유형의 다양성

조합과 사단의 개념은 전형적인 형태의 조합과 사단을 기준으로 한다. 그러나 현실에 존재하는 단체에는 사단의 성질이 짙은 단체에서부터 조합의 성질이 짙은 단체에 이르기까지 여러 가지 혼합유형이 있다.⁸⁰⁾ 민법상 조합과 관련된 규정은 임의규정이므로 조합원의 합의에 따라 조합과 사단의 성질이 혼재된 다양한 단체가 성립할 수 있다.

전형적인 형태의 조합과 사단에 포섭될 수 없는 유형의 단체로 상법상 합명회사, 합자회사, 유한책임회사를 들 수 있다. 합명회사의 사원은 정

78) 이주홍 집필부분, 『민법주해[Ⅰ]』 총칙(1), 박영사, 2012. 4. 437면.

79) 대법원 1992. 10. 9. 선고 92다23087 판결. “법인 아닌 사단에 대하여는 사단 법인에 관한 민법규정 가운데서 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 이를 유추적용하여야 한다”

80) 이주홍 집필부분, 앞의 책, 479면.

관에 따라 정해진 출자의무를 부담하고(상법 제179조 제4호, 제196조, 제222조), 업무집행사원을 정하거나(상법 제201조 제1항), 사원 각자가 직접 업무를 집행할 수 있다(상법 제200조 제1항). 또한 합명회사의 사원은 회사재산으로 회사의 채무를 모두 변제할 수 없으면 연대하여 변제할 책임이 있다(상법 제212조). 합명회사의 내부관계에는 정관 또는 상법에 다른 규정이 없으면 조합과 관련된 민법 규정이 준용된다(상법 제195조). 반면 합명회사는 상법상의 회사로서 사단의 성질도 가지고 있다.⁸¹⁾

합자회사는 합명회사의 조직에 유한책임사원을 추가한 형태의 회사이다(상법 제268조). 합자회사의 내부관계에는 정관 또는 상법에 다른 규정이 없으면 조합과 관련된 민법 규정이 준용된다(상법 제269조, 제195조). 유한책임회사는 유한책임사원으로만 구성된 회사로서(제287의7), 내부관계에는 정관이나 상법에 다른 규정이 없으면 합명회사와 관련된 규정이 준용된다(상법 제287조의18). 이처럼 합명회사, 합자회사, 유한책임회사는 내부적인 운영의 측면에서는 조합의 실질을 가지고 있지만, 대외적으로는 상법상 회사로서 사단의 형식을 지니고 있다. 합명회사, 합자회사, 유한책임회사의 순서로 조합의 성질이 더 강하다고 볼 수 있다.

내부적으로는 조합이지만, 대외적으로는 조합관계가 나타나지 않는 내적조합⁸²⁾도 조합의 성질과 사단의 성질을 모두 지니고 있는 단체로 볼

81) 상법은 ‘상행위나 그 밖의 영리를 목적으로 하여 설립한 법인’을 회사로 정의하고 있다(제169조). 상법은 2011. 4. 14. 개정 이전에는 ‘상행위 기타 영리를 목적으로 하는 사단’을 회사로 정의하고 있었고(제169조), 회사를 법인으로 하는 별도의 규정을 두고 있었다(제171조 제1항). 그러나 2011년 개정에도 불구하고 상법상 회사가 사단이라는 점에는 변함이 없다는 해석이 유력하다. 상법은 1인 회사를 허용하고 있는 상법상 여러 규정들(제288조, 제543조 제1항, 제609조 제1항 제1호, 제287조의2, 제287조의38)과 단체로서 사단의 법적 성질이 충돌한다고 보아 회사의 정의를 ‘사단’에서 ‘법인’으로 변경한 것으로 추측된다. 그러나 1인 회사란 입법정책으로 허용하는 존재상황일 뿐이다. 회사란 복수의 구성원이 인적으로 결합하여 성립되는 단체이므로 그 본질은 사단으로 보아야 한다. 일본 상법 역시 2005년 개정으로 회사의 정의를 사단에서 법인으로 변경하였으나, 2005년 이후에도 회사의 법적성질을 이견 없이 회사의 법적성질을 사단으로 설명하고 있다(이철송, 앞의 책, 41~42면).

수 있다. 내적조합에서는 대외적인 법률행위로 따른 법률효과가 조합원 전원이 아니라 대외적인 법률행위의 명의자에게만 귀속된다.⁸³⁾ 즉, 대외적으로는 조합원 중 1인, 제3자 명의로 거래행위를 하고 거래의 결과도 거래명의자에게 귀속하여 조합의 형태를 띠고 있지 않지만, 내부적으로는 조합원이 재산을 출자하고 이익을 배분받는 형태의 조합이다.

하나의 단체 안에 조합의 성질과 사단의 성질이 혼재되어 있는 단체가 다수 존재하는 이상, 단체를 조합과 사단의 어느 하나로 획일적으로 구별하는 방법으로는 단체의 법적성질을 제대로 파악하기가 어렵다. 따라서 단체의 개별적인 법률관계에 따라 사단과 관련된 민법 규정과 조합과 관련된 민법 규정 중 어느 쪽을 적용해야 할지 결정해야 한다.

2. 단체의 법적성질 구별기준

통설과 대법원은 단체의 법적성질을 조합 또는 사단의 어느 하나로 결론내리기 위해 조합과 사단을 구별하는 일반적인 기준을 제시하고 있다. 단체가 조합과 사단의 어느 하나에만 해당한다고 보는 이러한 태도는 타당하지 않다. 다만 통설과 대법원이 제시하고 있는 조합과 사단의 일반적인 구별기준은 단체에 혼재되어 있는 조합의 성질과 사단의 성질을 구별하는 유용한 기준이 될 수 있다.

통설은 ① 통일된 조직과 기관을 가지고 있고 단체의 명칭을 사용하는지, ② 단체의 기관을 통해서 행동하는지, 아니면 구성원 각자나 구성원 전원의 대리인이 행동하는지, ③ 구성원의 가입·탈퇴가 자유로운지, ④ 구성원이 의사결정기관에서 다수결의 원칙에 따라 단체의 운영에 참여할 수 있는지, 아니면 구성원 각자가 직접 단체의 운영에 참여할 권한이 있는지, ⑤ 재산이 단체에게 귀속하는지, 아니면 구성원의 공동소유로 귀속

82) 대법원 2000. 7. 7. 선고 98다44666 판결.

83) 대법원 1983. 5. 10. 선고 81다650 판결, 대법원 1984. 12. 11. 선고 83다카1996 판결, 대법원 1988. 10. 25. 선고 86다카175 판결.

하는지 ⑥ 구성원이 단체의 채무를 고유재산으로 책임지는지를 조합과 사단의 구별기준으로 제시하고 있다.⁸⁴⁾ 대법원도 사단의 규약(정관), 의사결정기관과 집행기관인 대표자, 독자적인 사회 활동을 조합과 사단의 구별기준으로 보고 있다.⁸⁵⁾

그러나 조합은 사단과 마찬가지로 외형상 독립된 명칭으로 거래할 수 있고, 조합관계를 규율하기 위해서 규약을 둘 수도 있다. 대리권이 있는 업무집행조합원은 사단의 기관인 이사와 유사하므로, 조합에 업무집행자가 선임되어 있는 경우에는 외형상 사단과 거의 차이가 없다. 사단의 경우에도 정관에 따라 사원의 가입·탈퇴에 상당한 제약을 둘 수 있다. 민법은 조합의 업무집행을 조합원의 과반수, 즉 다수결의 원칙으로 결정하도록 하고 있고(제706조 제2항), 업무집행조합원이 선임된 경우에도 사원총회와 같이 조합원 총회의 의결을 통해서 업무를 집행하도록 할 수도 있다. 조합재산은 사단의 재산과 마찬가지로 조합원의 재산과 구별되어 있다(민법 제704조).⁸⁶⁾ 따라서 통설과 대법원이 제시하고 있는 조합과 사단의 일반적인 구별기준 전부가 조합의 성질과 사단의 성질을 구별하기 위한 기준으로 사용될 수는 없다.

다만 모든 조합원은 출자의무를 부담하므로 출자하지 않는 사람은 조합원이 아니고, 출자하지 않는 사람을 구성원으로 하는 단체는 조합이 아니다(민법 제703조). 반면 사단의 사원은 출자의무를 부담하지 않는다. 조합의 채권자는 각 조합원에게 조합채무의 변제를 청구할 수 있고(민법 제712조), 조합원 중 변제능력이 없는 사람이 있는 때에는 다른 조합원이 균분하여 채무를 변제해야 한다(민법 제713조). 조합의 채권자는 조합원의 지분을 압류할 수 있다(민법 제715조). 즉, 조합원은 조합의 채무

84) 김재형 집필부분, 『민법주해[XVI]』 채권(9), 박영사, 2009. 8. 9면.

85) 대법원 1992. 7. 10. 선고 92다2431 판결.

86) 대법원 1984. 12. 26. 선고 84누392 판결. “조합계약에 따라 조합원이 출자한 재산은 그 출자자의 개인재산과 구별되는 조합재산을 이루게 되어 조합원의 합유로 된다”

를 조합원의 고유재산으로 책임져야 한다(무한책임). 사원은 사단의 채무를 책임지지 않기 때문에 사단의 채권자는 사원에게 사단채무의 변제를 요구하거나 사원의 재산을 압류할 수 없다. 조합의 법률행위는 조합원 전원에게 귀속되지만, 사단의 법률행위는 사단에게 귀속한다. 사단재산은 사단의 소유이지만, 조합재산은 조합원 전원의 합유이다.

결국 조합의 성질로 볼 수 있는 가장 핵심적인 요소는 구성원의 출자 의무, 단체 구성원의 무한책임이고⁸⁷⁾, 사단의 성질로 볼 수 있는 가장 핵심적인 요소는 법률효과의 단체귀속과 단체의 재산소유이다.

이러한 구별기준으로 볼 때 ‘집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률’(이하 ‘집합건물법’이라 한다)상 관리단은 조합과 사단의 성질을 모두 지니고 있다. 즉, 관리단이 그 재산으로 채무를 전부 변제할 수 없는 경우에 구분소유자는 전유부분의 면적 비율에 따라 관리단의 채무를 변제할 책임을 진다(집합건물법 제27조, 제12조). 이 조항은 조합의 성질을 전제로 한 규정이다.⁸⁸⁾ 반면 관리인은 관리단을 대표하여 재판상 또는 재판외의 행위를 할 수 있고(집합건물법 제25조 제1항 제3호) 그 법률효과는 관리단에 귀속하므로, 사단의 성질을 지니고 있다고 해석할 수 있다.

3. 소결

통설과 대법원은 거래나 소송행위에 편리하다는 이유로 단체의 성질을 가능한 한 사단으로 해석하고 있는 것으로 보인다. 사단의 경우에는 법인격이 없더라도 대표자가 있는 경우에는 그 사단의 이름으로 소송당사자가 될 수 있기 때문이다(민사소송법 제52조).

그러나 단체가 대외적으로 권리·의무의 주체가 될 수 있는지는 법인격

87) 이주홍 집필부분, 같은 책, 474면.

88) 박윤직·김재형, 『물권법』, 박영사, 2014. 4. 241면.

의 문제일 뿐 단체의 법적성질과 관련된 문제가 아니다. 단체의 법적성질이 조합인지 사단인지는 단체가 어느 정도로 강한 단체성을 지니고 있는지의 문제일 뿐이다. 단체성은 구성원의 출자의무와 단체 채무에 대한 구성원의 책임, 법률효과의 귀속주체와 단체재산의 소유주체를 핵심적인 요소로 삼아 판단해야 한다. 단체 안에 조합과 사단의 성질이 혼재되어 있는 경우에는 단체의 개별적인 법률관계별로 조합의 성질 또는 사단의 성질 중 어느 성질이 적용되는지 판단해야 한다.

IV. 정비조합의 법적성질

1. 정비조합의 설립배경

(1) 주택재개발조합의 설립배경

재개발사업은 1971년경 구 도시계획법에 처음 도입되었는데, 환지를 원칙으로 하던 기존 토지구획정리사업과 달리 도시계획구역 안에 있는 토지 또는 건축물의 전면적인 수용을 원칙으로 하였다(제35조, 제50조). 구 도시계획법상 원칙적인 시행자는 시장 또는 군수였고(제23조), 재개발구역 안에 있는 토지 또는 건축물 소유자로 구성된 조합은 예외적인 경우에만 시행자가 되었다(제32조 제1항 제2호). 재개발사업이 채택한 수용방식은 유사한 목적을 달성하기 위해 토지구획정리사업이 채택하고 있었던 환지방식보다 훨씬 급진적이었고, 재개발구역 안에 있는 세입자, 불법건축물 소유자 등뿐만 아니라, 토지 또는 건축물 소유자에게서도 강한 반발을 불러 일으켰다. 이러한 반발을 무마하기 위해서 개발사업의 의사결정과정에 그들을 참여시킬 수 있는 방안이 모색되었다.⁸⁹⁾

이에 따라 1976년경 제정된 구 도시재개발법은 토지 또는 건축물 소유

89) 김중보, 「강학상 인가와 정비조합 설립인가」, 『행정법연구』 제9호, 행정법 이론실무학회, 2003. 5. 331면.

자가 설립한 재개발조합을 원칙적인 시행자로 규정하였다(제9조). 이후 시행된 도시정비법 역시 주택재개발조합을 원칙적인 사업시행자로 규정하고 있다(제8조 제1항).

(2) 주택재건축조합의 설립배경

재건축조합은 1987년경 처음으로 구 주택건설촉진법에 도입되었다(제3조 제9호). 구 주택건설촉진법상 재건축조합은 노후·불량주택의 소유자로 구성된 주택조합의 한 종류로서, 주택소유자들이 자율적으로 재건축사업을 시행하게 하려는 목적을 가지고 있었다. 이후 시행된 도시정비법 역시 주택재건축조합을 사업시행자로 규정하고 있다(제8조 제2항).

(3) 소결

이처럼 주택재개발조합과 주택재건축조합은 모두 토지 또는 건축물 소유자 등이 자발적으로 정비사업에 참여하게 하려는 목적을 가지고 있다. 이러한 정비조합의 설립배경은 정비조합이 민법상 조합의 성질을 지니고 있을 가능성을 시사한다.

2. 정비조합과 법인격

구 도시재개발법은 재개발조합에게 법인격을 부여하였다(제18조 제1항). 반면, 구 주택건설촉진법은 재건축조합을 주택조합의 한 종류로 규정하였을 뿐 법인격을 부여하지 않았다(제3조 제9호). 대법원은 구 주택건설촉진법상 주택조합인 지역조합⁹⁰⁾, 직장조합⁹¹⁾, 재건축조합⁹²⁾은 모두

90) 대법원 1994. 6. 28. 선고 92다36052 판결.

91) 대법원 1995. 2. 3. 선고 93다23862 판결. 다만 원심은 “이 사건 주택조합은 그 구성원인 조합원의 주택을 공동으로 건설할 목적만을 가지고 설립된 것으로서 조합원 개개인의 위 내 집 마련이라는 목적 외에 조합자체의 별도 목적이 없고 주택조합의 중요한 문제는 조합원 전원으로 구성된 조합총회에서 결

사단이지만 법인격은 인정되지 않는다는 입장이었다. 이후 도시정비법은 주택재개발조합뿐만 아니라 주택재건축조합에게도 법인격을 부여하였다(제18조 제1항).

이처럼 정비조합에게 항상 법인격이 인정되었던 것은 아니다. 구 주택건설촉진법은 재건축조합이 공익보다 조합원의 사익을 추구하는 성질이 강하다고 보아, 재건축조합에게 법인격을 부여하지 않았다고 추측된다.

3. 정비조합이 가진 조합의 성질

(1) 조합원의 출자의무

주택재건축사업에서 정비조합의 조합원은 조합정관에 따라 신탁회사에게 토지 또는 건축물 소유권을 이전하고 신탁등기를 마쳐야 한다. 주택재개발사업의 경우에도 분양신청을 한 조합원은 조합정관에 따라 토지 또는 건축물 소유권을 정비조합에게 이전해야 한다. 또한 조합원은 정비사업비와 정비사업의 시행과정에서 발생한 수입의 차액을 부과금으로 납부해야 하고(도시정비법 제61조 제1항), 종전 토지 또는 건축물과 공급받은 대지 또는 건축물의 가격 차이에 상당하는 금액을 청산금으로 납부해야 한다(도시정비법 제57조 제1항).

이처럼 조합원은 정비사업이라는 공동사업을 위해 자신의 토지 또는 건축물 소유권을 이전하고 부과금 또는 청산금을 납부해야 한다. 이는 대지 또는 건축물 공급이라는 정비조합의 목적을 달성하기 위해서 조합원이 경제적 수단을 제공하는 행위이므로 출자의무이행에 해당한다.⁹²⁾

정되며 그 사업비 역시 조합원 개개인이 각출한 조합비로만 충당될 뿐 아니라 그 구성원의 자격도 위 사업목적에 일치하는 자만으로 제한하여 폐쇄적으로 운영되어 온 점에 비추어 일반의 사단과 달리 각 구성원의 개성이 뚜렷하게 단체의 운영에 반영되는 민법상 조합의 실체를 가졌다”고 판단하여, 대법원과 달리 주택조합을 민법상 조합으로 보았다.

92) 대법원 1996. 10. 25. 선고 95다56866 판결.

대법원도 주택재건축조합의 조합원이 신탁을 원인으로 토지와 건축물의 소유권이전등기를 마치는 행위를 현물출자의무이행으로 보았다.⁹⁴⁾ 정비조합의 조합원이 부담하는 현물과 금전출자의무는 정비조합이 가지고 있는 조합의 성질을 전제로 한 의무이다.

(2) 조합원의 무한책임

정비사업에서 발생한 수입 또는 손실은 조합원이 부담하는 분담금⁹⁵⁾이 감소하거나 증가하는 형태로 최종적으로 조합원에게 귀속된다(도시정비법 제57조, 제61조, 같은 법 시행령 제57조 제3항). 정비조합은 일시적으로는 이익을 얻거나 손해를 입지만 궁극적으로 부과금, 청산금 등을 부과하는 방법⁹⁶⁾으로 모든 이익과 손해를 조합원에게 귀속시키는 형식상 단체에 불과하다.⁹⁷⁾ 정비사업에서 발생하는 손실 즉, 정비조합이 부담하는 채무는 조합원에게 전부 귀속되고, 조합원은 분담금을 납부하는 방법으로 무한책임을 진다. 이는 정비조합이 가지고 있는 조합의 성질을 전제로 한 의무이다.

(3) 정비조합의 세법상 특례

정비조합은 조합원에게서 이전받은 건축물을 철거하고(도시정비법 제48조의2) 그 토지 위에 새로운 대지와 건축물을 조성한다. 이후 대지와 건축물 공사가 완료되면 관리처분계획과 이전고시에 따라서 대지 또는

93) 김재형 집필부분, 앞의 책, 41면.

94) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012다110477, 110484 판결.

95) 부과금과 청산금을 합하여 부르는 용어로서, 조합원이 대지 또는 건축물을 공급받기 위해서 납부해야 하는 금원의 총액을 의미한다. 자세한 내용은 제4장 제3절 'II. 조합원 분양계약의 효력'에서 검토하기로 한다.

96) 실무에서는 조합원 분양계약을 통해서 정비조합이 조합원에게 정비사업의 이익 또는 손실을 전가하고 있다.

97) 김종보·전연규, 『새로운 재건축·재개발 이야기 I -하권』, 사단법인 한국도시개발연구포럼, 2010. 6. 759면.

건축물을 공급받는다(도시정비법 제48조 제1항 제3호 가목, 제54조 제1항). 조합원에게 공급되는 대지 또는 건축물은 정비조합 명의로 건축허가와 사용승인을 받았더라도 조합원 개개인에게 원시취득되고,⁹⁸⁾ 조합원 명의로 소유권보존등기가 마쳐진다.

정비조합이 종전 토지에 대응하여 조합원에게 대지 또는 건축물을 공급하는 행위는 수익사업에서 제외되어 법인세를 부과하지 않고(조세특례제한법 제104조의7 제2항, 제5항, 같은 법 시행령 제104조의4), 재화의 공급이 아닌 것으로 보아 부가가치세를 부과하지 않는다(조세특례제한법 제104조의7 제3항). 주택재건축조합이 조합원에게 공급하기 위하여 취득한 부동산은 그 조합원이 바로 취득하였다고 보아 정비조합에게 취득세를 부과하지 않는다(지방세법 제7조 제8항).⁹⁹⁾

조합원이 토지 또는 건축물의 소유권을 원시취득한다고 본 대법원 판례와 세법상 특례조항을 둘러싸고 여러 가지 해석이 가능할 수 있다. 그러나 최소한 정비조합의 행위가 조합원에게 개별적으로 귀속될 수 있다는 인식을 전제하고 있으므로,¹⁰⁰⁾ 정비조합이 조합의 성질을 가지고 있다는 점을 뒷받침하는 근거로 볼 수 있다.

(4) 소결

조합의 성질 중 가장 핵심적인 요소는 조합원의 출자의무와 무한책임이다. 조합원은 토지 또는 건축물, 분담금을 출자할 의무를 부담하고, 분담금의 증감을 통해서 정비사업에서 발생한 이익과 손실을 최종적으로 책임지므로, 정비조합은 조합의 성질을 지니고 있다고 볼 수 있다. 따라

98) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2010두6427 판결.

99) 임규진·정승영, 「정비사업조합의 법적 성격과 과세문제」, 조세연구 9-3호, 한국조세연구포럼, 2009. 12. 323면.

100) 이준규·이은상, 「조합과세의 문제점과 개선방안」, 『세무학연구』 제18권 제1호, 한국세무학회, 2001. 8. 197면.

서 정비조합의 법률관계 중 조합의 성질에 바탕을 두고 있는 부분에는 민법상 조합과 관련된 규정을 유추적용해야 한다.

4. 정비조합이 가진 사단의 성질

정비조합은 조합장과 임원을 선임하고, 조합장에게 조합을 대표하도록 한다(도시정비법 제21조 제1항, 제22조). 정비조합은 자신의 명의로 법률 행위를 할 수 있고 그 법률효과는 정비조합에게 귀속한다. 정비조합은 조합의 명의로 재산을 소유할 수 있다. 그러므로 정비조합은 사단의 성질을 지니고 있다고 볼 수 있다. 따라서 정비조합의 법률관계 중 사단의 성질에 바탕을 두고 있는 부분에는 민법상 사단과 관련된 규정을 준용해야 한다.

5. 개별적인 법률관계의 구별기준

정비조합이 조합의 성질과 사단의 성질을 모두 가지고 있더라도, 정비조합의 어떤 법률관계에 조합이나 사단과 관련된 규정이 적용되어야 하는지 판단하기는 쉽지 않다. 다만, 정비사업의 대상에 따라 조합원 분양분의 법률관계와 일반분양분의 법률관계로 나누어 살펴보는 방법이 나름대로 기준이 될 수 있다.

(1) 조합원 분양분의 법률관계

조합원 분양분의 법률관계는 조합원이 정비조합을 설립하여 새로운 대지 또는 건축물을 조성한 다음 조합원에게 공급하는 일련의 절차를 의미한다. 조합원 분양분과 관련해서, 조합원은 종전 토지 또는 건축물, 조합원 분담금을 출자할 의무를 부담한다. 또한 정비사업의 시행으로 발생한 이익과 손실을 반영하여 산정한 분담금을 납부하는 과정에서 정비조합의 채무를 조합원의 고유재산으로 책임진다. 그러므로 조합원 분양분의 법

를관계는 조합의 성질에 바탕을 두고 있다고 볼 수 있다.

(2) 일반분양분의 법률관계

일반분양분은 조합원이 아닌 사람에게 분양하는 대지 또는 건축물을 의미한다. 정비조합은 일반분양분을 취득하여 일반분양자에게 매도하는데, 일반분양분은 매도에 앞서 일단 정비조합의 명의로 소유권보존등기가 이루어져야 한다. 이를 위해 정비조합은 독자적인 권리능력의 주체로서 조합원과 구분되는 독립성이 있어야 한다. 그러므로 일반분양분에 관한 법률관계는 사단의 성질과 연관되어 있다고 해석된다.

(3) 현금청산의 법률관계

현금청산은 정비사업으로 조성되는 대지 또는 건축물을 공급받지 않고 조합관계에서 배제되는 조합원을 대상으로 한다. 즉, 현금청산은 출자의무를 이행하거나 이행해야 하는 조합원¹⁰¹⁾이 조합원 분양분을 포기하고 조합관계에서 벗어나면서 자신의 출자지분을 환급받는 절차를 의미한다. 이는 조합원 분양분의 포기과 조합관계의 이탈을 의미하므로 현금청산의 법률관계는 조합원 분양분의 법률관계로 볼 수 있다. 따라서 현금청산제도도 조합의 성질과 관련되어 있고, 현금청산을 둘러싼 법률관계에는 민법상 조합과 관련된 규정이 유추적용되어야 한다.

101) 아직 출자의무를 이행하지 않은 현금청산대상자도 현금청산금을 지급받기 위해서는 종전 토지 또는 건축물의 소유권을 정비조합에게 이전해야 한다.

제 3 절 현금청산제도와 청산금제도

I. 청산금제도와 청산금 산정방법

1. 청산금제도의 개념

대지 또는 건축물을 공급받은 조합원의 종전 토지 또는 건축물 가격과 공급받은 대지 또는 건축물 가격에 차이가 있는 경우, 사업시행자는 이 전고시 이후 그 차이에 상당하는 금액을 그 조합원에게서 징수하거나 그 조합원에게 지급해야 한다. 다만, 조합정관이나 조합원 총회의결에 따라 이 전고시 이전에 청산금을 분할하여 징수하거나 지급할 수 있다(도시정비법 제57조 제1항).

민법상 청산절차는 법인이 해산한 경우에 현존사무 종결, 채권추심, 채무변제, 잔여재산 확정과 인도 등의 사무를 처리하기 위한 일정한 절차를 의미한다.¹⁰²⁾ 도시정비법은 청산의 개념을 별도로 정의하고 있지 않고 특별히 청산의 개념을 민법과 다르게 보아야 할 필요성도 없으므로, 일반적으로 사용되는 민법상 청산의 개념을 그대로 사용하고 있다고 보아야 한다.¹⁰³⁾

정비사업에서 청산금은 권리배분 결과 조합원이 출자한 재산의 가격과 공급받은 대지 또는 건축물의 가격에 차이가 존재하는 경우, 그 과·부족분을 조절하기 위해서 교부되거나 징수되는 금전을 말한다.¹⁰⁴⁾ 청산금은 행정처분의 형식으로 부과되고(도시정비법 제57조 제1항), 채납처분의 예에 따라 징수된다(도시정비법 제58조 제1항).

102) 이주홍 집필부분, 앞의 책, 750면.

103) 김중보, 앞의 논문(도시재개발과 가치분), 112면.

104) 김중보·전연규, 앞의 책(새로운 재건축·재개발이야기 I-하권), 708면.

2. 청산금 산정방법

도시정비법은 ‘분양받은 대지 또는 건축물의 가격’과 ‘종전에 소유하고 있던 토지 또는 건축물의 가격’ 사이의 차액을 청산금으로 징수하거나 교부하도록 규정하고 있다(제57조 제1항). 그러나 이 조항이 청산금을 산정하면서 ‘종전에 소유하고 있던 토지 또는 건축물의 가격’만을 공제항목으로 고려해야 한다는 의미라고 해석할 경우, 조합원이 이전고시 이전에 제공한 다른 금전이나 용역은 청산금에 전혀 반영할 수 없는 불합리한 결과가 발생한다.

청산금제도는 정비사업 완료 이후 청산단계에서 조합원이 출자한 모든 재산의 가액과 공급받은 대지 또는 건축물 가격 사이의 과·부족분을 최종적으로 정산하는 제도이다. 그러므로 청산금을 산정하면서 ‘종전에 소유하고 있던 토지 또는 건축물의 가격’뿐만 아니라 조합원이 제공한 다른 금전이나 용역도 공제항목에 반영해야 한다. 도시정비법은 청산금을 산정하면서 ‘그 토지 또는 건축물의 규모·위치·용도·이용상황·정비사업비 등’을 참작하도록 하여(제57조 제2항), 정비사업비 등 조합원이 출자한 다른 금전과 용역을 청산금에 반영할 수 있는 근거를 두고 있다. 따라서 청산금제도는 토지, 건축물뿐만 아니라 금전, 용역 등 조합원이 출자한 자산 일체의 가액과 공급받은 대지 또는 건축물의 가격에 차이가 있으면 이를 청산하라는 취지로 이해해야 한다.¹⁰⁵⁾

도시정비법은 ‘이전의 고시가 있는 후’에 청산금을 ‘분양받은 자’에게서 징수하거나 그 자에게 교부하도록 규정하고 있으므로(제57조 제1항), 청산금을 징수하거나 교부할 수 있는 시기는 원칙적으로 이전고시가 이루어진 이후이고, 청산금 징수 또는 교부의 대상은 대지 또는 건축물을 공급받은 조합원이다.

105) 김종보, 앞의 논문(도시재개발과 가청산), 113면.

Ⅱ. 청산금제도와 조합원의 비용부담

1. 비용부담의 주체

도시정비법은 원칙적으로 사업시행자에게 정비사업비를 부담하도록 하고 있는데(도시정비법 제60조 제1항), 사업시행자는 조합원에게서 정비사업비와 정비사업의 시행과정에서 발생한 수입의 차액을 부과금으로 부과·징수할 수 있다(도시정비법 제61조 제1항). 부과금의 부과·징수에 필요한 사항은 정관 등으로 정해야 하고(도시정비법 제61조 제3항), 청산금의 금액과 징수방법은 조합원 총회의 의결을 거쳐야 한다(도시정비법 제24조 제3항 제3호).

즉, 도시정비법상 형식적인 비용부담의 주체는 정비조합이지만 정비조합은 그 책임을 최종적으로 조합원에게 전가하므로, 결국 실질적인 비용부담의 주체는 조합원이 된다. 정비사업은 조합원에게 대지 또는 건축물을 공급하는 것을 궁극적인 목적으로 하므로, 조합원이 정비사업의 실질적인 사업시행자라고 볼 수 있다. 이러한 측면에서 조합원의 최종적인 정비사업비 부담이 정당화될 수 있다.

또한 사업시행자는 비용 부과처분에 응하지 않는 조합원에게 연체료를 부과·징수할 수 있고(도시정비법 제61조 제2항), 시장·군수에게 부과금·연체료를 체납하는 조합원에게 체납처분절차에 따른 강제징수를 위탁할 수 있다(도시정비법 제61조 제4항). 이는 조합원이 비용부담 의무를 충실하게 이행하도록 강제하여 정비사업이 추구하는 공익을 달성하도록 하려는 장치이다.

2. 부과금 부과처분과 청산금제도

(1) 부과금제도의 연원

구 도시재개발법은 시행자인 재개발조합이 재개발사업에 사용되는 ‘비용’을 부담하도록 하였다(제57조 제1항). 재개발조합은 조합원에게 재개발사업에 필요한 ‘경비’를 분양처분 이전에 부과·징수할 수 있었고(구 도시재개발법 제25조 제1항), 조합원이 ‘부과금’의 납부를 태만히 한 때에는 정관에 따라 과태료를 부과할 수 있었다(구 도시재개발법 제25조 제4항).¹⁰⁶⁾ ‘부과금’의 금액을 정할 때는 재개발구역 안에 있는 토지 등의 위치·면적·이용상황·환경 기타의 사항을 종합적으로 고려하여 공평하게 산정해야 하였다(구 도시재개발법 제25조 제2항).

이처럼 구 도시재개발법상 ‘경비’와 ‘부과금’은 ‘경비의 부과’라는 제목을 가진 구 도시재개발법 제25조 안에서 구별 없이 사용되었으므로, 같은 의미로 해석해야 한다. 다만, 서로 다른 조항에 근거를 두고 있는 ‘비용’과 ‘경비’의 관계가 문제인데, 구 토지구획정리사업법은 제72조 제1항에서 구획정리사업에 필요한 ‘비용’은 시행자가 부담한다고 규정하여 구 도시재개발법과 동일한 태도를 보이면서, 제28조 제1항에서 토지소유자조합이 구획정리사업에 필요한 ‘비용’에 충당하기 위해 ‘경비’를 부과·징수할 수 있다고 규정하여, 경비가 비용조달을 위해 부과된다고 규정하였다. 토지구획정리사업과 재개발사업은 모두 원칙적으로 조합이 시행하고, 도시지역을 정비하기 위한 개발사업법이라는 공통점을 가지고 있다. 그러므로 조합원과 조합의 관계에도 기본적으로 같은 법리가 적용된다고 볼 수 있으므로, 구 도시재개발법상 ‘경비’와 ‘비용’의 관계는 구 토지구획정리사업법상 ‘경비’와 ‘비용’의 관계와 동일하다고 해석해야 한다.¹⁰⁷⁾

구 도시재개발법상 비용과 경비(부과금) 관련 조항은 도시정비법으로 그대로 이어졌다(제60조 제1항, 제61조 제1항). 다만 ‘경비’라는 용어는 더 이상 사용되지 않았고, ‘비용’과 ‘부과금’이 동일한 의미로 사용되고 있다.

106) 1995. 12. 29. 전부개정으로 과태료가 아니라 연체료를 부과·징수할 수 있도록 변경되었다.

107) 김종보, 앞의 논문(도시재개발과 가청산), 116~117면.

(2) 부과금 부과처분과 청산금제도의 관계

조합원이 이전고시 이전에 부과금을 충분히 납부하였다면 이전고시 이후에 부과되는 청산금의 액수는 그만큼 줄어들게 된다. 조합원은 정비사업비 중 부과금으로 납부되지 않은 금액을 이전고시 이후에 청산금으로 납부해야 한다.

청산금은 조합원이 공급받은 대지 또는 건축물 가액에서 종전 토지 또는 건축물의 가액, 출자지분에 따른 정비사업비를 공제한 금액이다. 구 도시재개발법의 가청산 조항은 가청산금과 분양처분 이후에 최종 산정된 청산금 사이에 차이가 있는 경우 추가적인 청산을 예정하고 있었다(제45조 제2항). 이는 조합원이 이전고시 이전에 부담하는 비용이 청산금의 사전납부에 해당한다는 점을 뒷받침한다.

조합원이 납부할 부과금의 금액과 징수방법, 청산금 징수와 지급 내용은 조합원 총회의결로 정해져야 하고(도시정비법 제24조 제3항 제3호), 정비사업비의 추산액과 그에 따른 조합원의 부담규모, 부담시기 등 부과금과 청산금의 내용은 관리처분계획에서 정해져야 한다(도시정비법 제48조 제1항).

Ⅲ. 사전청산으로서 현금청산제도

청산금은 정비사업이 완료된 이후에 대지 또는 건축물을 공급받는 조합원을 상대로 부과·징수되는 반면, 현금청산은 정비사업이 완료되기 이전에 대지 또는 건축물을 공급받지 않고 정비사업에서 이탈하는 조합원을 상대로 이루어진다. 정비사업에서 권리배분을 받지 않기로 확정된 경우에는 청산절차를 미루어야 할 필요가 없기 때문이다.¹⁰⁸⁾

108) 김종보·전연규, 앞의 책(새로운 재건축·재개발 이야기 I-하권), 715면.

현금청산대상자는 공급받는 대지 또는 건축물이 없으므로, 종전 토지 또는 건축물의 가액에서 출자지분에 따른 정비사업비를 공제한 금액을 돌려받는 반면, 대지 또는 건축물을 공급받는 조합원은 공급받는 대지 또는 건축물 가격과 종전 토지 또는 건축물 가격의 차액을 청산금으로 지급받거나 납부하게 된다.¹⁰⁹⁾

그러나 현금청산제도와 청산금제도는 출자지분의 환급절차라는 측면에서 본질적으로 동일하다. 즉, 현금청산제도는 정비조합이 존속하는 상태에서 대지 또는 건축물을 공급받지 않는 조합원을 정비사업에서 배제할 때 출자지분을 환급하는 절차고, 청산금제도는 정비조합을 청산하면서 조합원에게 출자지분에 따라 수익 또는 손실과 잔여재산을 분배하는 절차다. 이처럼 현금청산절차는 청산절차보다 시기적으로 앞서 진행되지만 그 본질은 현금청산대상자를 상대로 하는 청산절차로서 이전고시 이후의 청산절차와 차이가 없으므로, 사전청산의 성질을 가진다고 볼 수 있다.

109) 출자지분에 따른 정비사업비는 우선 부과금으로 납부한다. 부과금으로 납부한 정비사업비가 충분하지 않은 경우에는 이를 청산금으로 납부해야 한다.

제 4 절 현금청산제도와 수용제도

I. 현금청산제도와 수용제도의 관계

1. 구 도시재개발법의 영향

구 도시재개발법은 1982년 재개발조합에게 수용권을 인정하면서, 분양신청을 하지 않거나 분양신청을 철회한 사람에게 선택적으로 손실보상금을 지급하거나 가청산금 또는 청산금을 지급할 수 있도록 하였다.¹¹⁰⁾ 이러한 구 도시재개발법의 구조는 이후 도시정비법에도 영향을 주었는데, 도시정비법은 분양신청을 하지 않거나 분양신청기간에 철회한 사람 등을 현금청산대상자로 규정하면서 동시에 수용대상으로도 규정하고 있다.

2. 현금청산제도와 수용제도의 중복성

구 토지구획정리사업법은 보통 10년 이상 걸리는 토지구획정리사업에서 사업시행자의 부담을 덜어주기 위해, 환지처분 이전에 청산금을 확정적으로 지급할 수 있도록 규정하였다. 이에 비해 재개발사업에서는 사업시행자에게 수용권이 부여되었기 때문에 협의매수절차를 밟거나 수용권을 행사하여 분양신청을 하지 않은 사람 등을 정비사업에서 배제하면 그만이었으므로, 현금청산이라는 제도를 별도로 마련할 필요가 없었다.¹¹¹⁾

즉, 도시정비법상 사업시행자는 분양신청기간 이후 언제든지 수용권을 행사하여 분양받지 않는 사람의 토지 또는 건축물 소유권 등을 확보할 수 있다. 더구나 분양받지 않는 사람에게 이전고시 이전에 현금청산금을 지급하는 것은 환지방식의 개발사업에서 환지처분 이전에 청산금을 확정적으로 지급하던 방법과 유사하므로, 주로 수용방식으로 시행되는 주택

110) 자세한 내용은 제2장 제1절 III. 4. ‘(2) 구 도시재개발법’ 참고.

111) 김종보, 앞의 책, 486면.

재개발사업과 체계적으로도 맞지 않는다. 따라서 분양을 받지 않는 사람 등에게 수용절차 외에 현금청산제도를 별도로 규정할 필요는 없다.

II. 현금청산제도와 수용제도의 협의절차

1. 도시정비법상 현금청산절차

(1) 협의가 성립한 경우의 현금청산절차

사업시행자는 현금청산대상자에게 관리처분계획 인가를 받은 날의 다음날로부터 90일 이내에 토지·건축물 또는 그 밖의 권리를 현금으로 청산해야 한다(도시정비법 제47조 제1항). 사업시행자는 현금청산대상자와 협의하여 현금청산금액을 산정하되, 시장·군수가 추천하는 감정평가업자 2인 이상이 평가한 금액을 산술평균하여 산정한 금액을 협의의 기준으로 삼을 수 있다(도시정비법 시행령 제48조). 즉, 사업시행자와 현금청산대상자가 협의로 현금청산금액을 정하면, 사업시행자는 현금청산대상자에게 토지 또는 건축물 소유권을 이전하면 된다.

국토교통부가 제정한 ‘주택재개발정비사업조합 표준정관’(이하 ‘재개발 표준정관’이라 한다), ‘주택재건축정비사업조합 표준정관’(이하 ‘재건축 표준정관’이라 한다)은 “시장·군수가 추천하는 감정평가업자 2인 이상이 평가한 금액을 산술평균하여 산정한다”고 규정하여(각 제44조 제4항), 감정평가업자의 평가금액을 그대로 현금청산금액으로 사용하도록 하고 있다.

(2) 협의가 불성립한 경우의 현금청산절차

도시정비법령은 사업시행자와 현금청산대상자가 협의하여 현금청산금액을 정해야 한다는 원칙만을 규정하고 있을 뿐, 협의가 성립하지 않았

을 경우의 현금청산절차 등을 전혀 규정하고 있지 않고 있다.

대법원은 협의로 현금청산금액을 정하지 못한 경우, 주택재개발사업에서는 토지보상법에 따른 수용절차가 진행되고,¹¹²⁾ 주택재건축사업의 경우에는 매도청구에 준하여 현금청산이 이루어져야 한다는 입장이다.¹¹³⁾ 대법원의 입장에 따르면, 협의로 현금청산금액을 정하지 못한 경우의 현금청산절차는 조합설립에 동의하지 않은 사람을 상대로 하는 소유권 박탈 절차와 다르지 않다. 이는 대법원이 현금청산대상자는 현금청산의 대상이 되는 즉시 조합원의 지위를 상실하여 탈퇴한 조합원에 준하는 신분을 가진다고 보고 있기 때문이다.¹¹⁴⁾

현금청산대상자가 되면 바로 조합원 지위를 상실한다는 대법원의 입장은 타당하지 않다.¹¹⁵⁾ 다만 개정 도시정비법은 사업시행자와 현금청산대상자가 협의하여 현금청산금액을 정하지 못하면 수용재결을 신청하거나 매도청구소송을 제기하도록 규정하여(제73조 제2항), 대법원 판례와 그 결론을 같이 하고 있다.

현금청산제도를 폐지하지 않고 그대로 운용하는 이상, 협의로 현금청산금액을 정하지 못한 경우 부득이하게 주택재개발사업에서는 수용절차를, 주택재건축사업에서는 매도청구소송을 통해서 현금청산절차를 계속할 수밖에 없다. 다만 이는 현금청산대상자가 되면 조합원의 지위를 즉시 상실하기 때문이 아니라, 현금청산대상자는 동시에 수용대상자이기도 하고, 개정 도시정비법이 현금청산대상자에게 매도청구소송을 제기할 수 있는 근거를 마련해 주었기 때문이다.

112) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006두2954 판결.

113) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다73215 판결.

114) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2009다81203 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013두19486 판결.

115) 자세한 내용은 ‘제4장 현금청산제도와 조합원의 지위’에서 검토하기로 한다.

2. 수용재결의 사전절차로서 현금청산제도

토지보상법은 사업인정을 받은 사업시행자에게 토지소유자, 관계자와 보상액 산정 등을 협의하도록 하고 있다(제26조 제1항). 사업시행자는 토지소유자, 관계자와 협의가 성립되지 않거나 협의를 할 수 없을 때에는 관할 토지수용위원회에 수용재결을 신청할 수 있다(제28조 제1항). 그러므로 사업시행자는 현금청산절차에서 협의로 현금청산금액이 정해지지 않아 수용절차로 이행되는 경우에는 원칙적으로 다시 토지보상법상 보상액 산정 등 협의절차를 거쳐야 하고, 그럼에도 협의가 성립되지 아니하였을 경우에 비로소 수용재결을 신청할 수 있다.

그러나 대법원은 주택재개발사업에서 협의가 성립하지 않아 토지보상법에 따른 수용절차로 이행되는 경우에는 토지보상법상 손실보상을 위한 협의절차를 별도로 거칠 필요가 없다는 입장이다.¹¹⁶⁾ 즉, 사업시행자가 현금청산금액 산정을 위한 협의절차를 거친 이후에는 바로 관할 토지수용위원회에 수용재결을 신청할 수 있다는 것이다. 이는 대법원이 현금청산금액 산정을 위한 협의절차와 토지보상법상 수용재결을 위한 협의절차는 중복된 절차로서 불필요하다고 인식하고 있기 때문이다.

대법원처럼 현금청산절차에서 현금청산금액 산정을 위한 협의를 거친 경우 사업시행자가 바로 수용재결을 신청할 수 있다고 보면, 현금청산금액 산정을 위한 협의는 토지보상법상 보상금액 산정을 위한 협의와 사실상 동일한 의미와 기능을 가지게 된다. 즉, 분양을 받지 않는 사람은 현금청산절차를 거치고 수용절차에 들어가든, 바로 수용절차에 들어가든 아무런 차이가 생기지 않는다. 따라서 현금청산절차는 수용재결을 위한 협의절차로서 그 명칭만 다르게 부르는 것에 불과하므로, 도시정비법상 현금청산제도는 독자적인 의미를 갖지 못한 제도로 불필요하다.¹¹⁷⁾

116) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2015두50535 판결.

117) 김종보, 앞의 책, 487~488면.

개정 도시정비법은 협의로 현금청산금액을 정하지 못한 경우에는 토지 보상법상 손실보상을 위한 협의절차를 거치지 않고 바로 수용재결을 신청하도록 하여, 대법원과 그 결론이 동일하다(제73조 제2항).

궁극적으로는 도시정비법에서 현금청산제도를 폐지해야 한다. 주택재개발사업에서 기존 현금청산대상자에게는 도시정비법 제38조, 제40조에 따라 수용절차를 거쳐 손실보상금을 지급해야 한다. 주택재건축사업에서는 일단 조합설립에 동의한 이상 관리처분계획에 따라 대지와 건축물을 공급해야 하고, 분양신청절차는 인정할 필요가 없다.

Ⅲ. 현금청산제도와 부동산 소유권의 확보

1. 현금청산제도의 불완전성

도시정비법은 사업시행자에게 분양을 받지 않는 사람 등을 현금으로 청산할 의무만을 규정하고 있을 뿐(제47조 제1항), 그 사람에게 토지 또는 건축물의 소유권이전등기를 청구할 수 있도록 하는 규정은 두고 있지 않다. 대법원도 도시정비법 제47조는 주택재건축조합의 현금청산의무를 규정하고 있을 뿐이므로, 이를 근거로 주택재건축조합이 현금청산대상자를 상대로 정비구역 안에 있는 토지 또는 건축물의 소유권이전등기를 청구할 수는 없다는 입장이다.¹¹⁸⁾

다만, 대법원은 정비조합의 소유권이전등기청구권은 인정하지 않으면서도, 다수의 사건에서 도시정비법 제47조를 근거로 현금청산대상자의 현금청산금청구권을 인정하고 있다. 이는 도시정비법 제47조의 문언에 반하는 해석일 뿐만 아니라, 형평의 원칙에도 어긋나는 해석이다.

2. 현금청산대상자의 소유권 이전 의무

118) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다73215 판결.

대법원은 사업시행자가 현금청산대상자에게 현금청산금 지급의무를 부담하는 경우에, 공평의 원칙상 현금청산대상자는 권리제한등기가 없는 상태로 토지 등의 소유권을 사업시행자에게 이전할 의무를 부담한다는 입장이다.¹¹⁹⁾ 그러나 이러한 대법원의 입장은 정비조합의 동시이행항변과 관련된 것이므로, 정비조합에게 공평의 원칙상 독자적인 소유권이전등기청구권이 인정되는지는 명확하지 않다.

현금청산대상자는 협의로 현금청산금액을 정한 경우에는 협의 내용에 따라서 토지 또는 건축물 소유권을 사업시행자에게 이전하면 된다. 협의가 성립하지 않은 경우에는 사업시행자가 수용재결을 신청하여 토지 또는 건축물의 소유권을 이전받아야 한다. 개정 도시정비법에 따르면 사업시행자는 현금청산대상자를 상대로 매도청구소송을 제기할 수도 있다.

119) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다37780 판결.

제 4 장 현금청산제도와 조합원의 지위

제 1 절 연구의 필요성

대법원은 관리처분계획인가 이후 일정한 기간에 조합원 분양계약을 체결하지 않은 조합원에게 현금청산조항을 준용하여 소유권을 박탈하도록 하는 조합정관 규정을 무효로 볼 수 없다는 입장이다.¹²⁰⁾ 그러나 도시정비법은 조합원 분양계약과 관련해서 아무런 규정을 두지 않고 있고, 조합원에게 이전고시 이전에 비용을 부담하게 하는 경우로 부과금을 부과·징수하거나 청산금을 분할징수하는 경우만을 규정하고 있을 뿐이다.

사업시행자가 조합원을 상대로 부과금을 부과·징수하거나 청산금을 분할징수하려면, 조합원 총회의결을 거쳐 행정처분의 형식으로 해야 한다. 조합원 분양계약에 따라 조합원이 납부해야 하는 분양대금의 법적성질은 조합원의 비용부담에 해당한다. 조합원 분양계약을 체결하지 않은 조합원을 현금청산대상에 포함시킨 재개발 표준정관과 재건축 표준정관 규정, 이에 따라 만들어진 조합정관 규정은 민사계약인 조합원 분양계약으로 조합원 총회의결도 거치지 않고 조합원에게 비용을 부담하도록 하였으므로 도시정비법에 위배되어 무효이다. 무효인 조합정관 규정에 따라 체결된 조합원 분양계약도 무효이다.

또한 대법원은 현금청산대상자가 된 조합원은 즉시 조합원의 지위를 상실하고¹²¹⁾, 제명·탈퇴 등의 후발적인 사정으로 조합원 지위를 상실하는 경우에는 현금청산대상자가 된다고 판단하였다.¹²²⁾

120) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다91364 판결.

121) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2009다81203 판결, 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013두19486 판결.

122) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012다110477, 110484 판결.

그러나 도시정비법 제19조 제1항은 토지등소유자가 조합원이 된다고 규정하고 있다. 또한 도시정비법은 환권처분에 따라 종전 권리가 일제히 새로운 권리로 변환되는 ‘공용환권방식’이 아니라, 사업시행자인 정비조합이 정비구역 안의 토지 또는 건축물 소유권 등을 전부 확보하였다가 다시 분양대상자에게 배분하는 이른바 ‘취득·배분방식’으로 시행되고 있다. 따라서 현금청산대상자는 현금청산사유가 발생한 때가 아니라, 사업시행자에게 실제로 토지 또는 건축물 소유권을 이전한 때에 조합원의 지위를 상실한다고 보아야 한다.

제 2 절 정비조합 조합원의 지위

I. 조합원 지위의 획득

1. 정비사업과 토지등소유자

(1) 주택재개발사업의 토지등소유자

주택재개발사업에서 토지등소유자는 정비구역 안에 있는 토지 또는 건축물의 소유자, 그 지상권자를 의미한다(도시정비법 제2조 제9호 가목). 정비구역 안에 있는 토지와 건축물 중 어느 하나만을 소유하고 있거나 지상권만을 가지고 있어도 주택재개발사업의 토지등소유자가 된다. 지상권자는 토지등소유자로서 추진위원회 구성(도시정비법 제13조 제2항)이나 조합설립(도시정비법 제16조 제1항)을 위한 동의자 수를 산정할 때는 포함되지만, 관리처분계획을 수립할 때는 분양대상자에서 제외되어 정비사업으로 조성된 대지 또는 건축물을 공급받지 못한다(도시정비법 시행령 제52조 제1항 제3호).¹²³⁾

구 도시재개발법은 ‘토지등의 소유자’라는 용어를 사용하였는데, 이는 도시정비법상 ‘토지등소유자’와는 달리 ‘토지 또는 건축물의 소유자’만을 의미하였고 지상권자는 제외되었다(제2조 제4호). 다만 구 도시재개발법은 ‘토지등의 소유자’와 지상권자를 모두 재개발조합의 조합원으로 인정하여 조합원의 범위는 도시정비법과 다르지 않았다(제20조 제1항).

(2) 주택재건축사업의 토지등소유자

주택재건축사업에서 토지등소유자는 정비구역 안에 있는 건축물과 그

123) 김중보·전연규, 『새로운 재건축·재개발이야기 I-상권』, 사단법인 한국도시개발연구포럼, 2010. 6. 74~75면.

부속토지의 소유자, 정비구역이 아닌 구역 안에 있는 주택과 그 부속토지의 소유자, 부대·복리시설과 그 부속토지의 소유자를 의미한다(도시정비법 제2조 제9호 나목). 문언상 정비구역 안에 있는 건축물의 용도는 특별히 제한되지 않으므로 단독주택, 근리생활시설 등을 소유하고 있더라도 토지등소유자가 될 수 있다. 부속토지란 집합건물 중 전유부분을 위한 대지권의 목적이 되는 토지를 말한다.¹²⁴⁾ 정비구역이 아닌 구역 안에 있는 주택이란 주택법상 사업계획승인 또는 건축법상 건축허가를 받아 건설한 아파트 또는 연립주택 중 기존 세대수 20세대 이상이거나 20세대 미만이지만 20세대 이상으로 재건축하고자 하는 노후·불량건축물을 의미한다(도시정비법 시행령 제6조).

이처럼 도시정비법은 주택재개발사업에서는 토지와 건축물 중 어느 하나라도 소유하고 있으면 토지등소유자로 보는 반면, 주택재건축사업에서는 토지와 건축물을 모두 소유하고 있는 사람만을 토지등소유자로 보고 있다. 이러한 차이는 주택재건축사업에서 조합원 자격을 엄격하게 통제해야 할 필요성과 연결된다. 구 주택건설촉진법에 따라 재건축사업이 시행되었던 시기에는 공동주택은 주택단지를 사업대상지역으로 정하였고, 단독주택은 조합을 결성하는 과정에서 그 사업대상지역이 정해졌다. 재건축사업의 대상지역을 명확하게 정하지 않았던 구 주택건설촉진법의 한계 때문에 해석을 통해서 조합원 자격을 엄격히 통제해야 할 필요성이 있었고, 실무는 토지와 건축물을 모두 소유한 사람만이 재건축조합의 조합원이 될 수 있다고 해석하였다.¹²⁵⁾ 이러한 경향은 도시정비법에 영향을 주었고, 주택재건축사업의 조합원 자격이 엄격하게 정해졌다.

이에 관련해서 도시정비법의 시행으로 주택재건축사업에서도 원칙적으로 정비구역을 지정하게 되어 사업대상지가 먼저 확정된다는 점에서 주

124) 이우재, 『도시 및 주거환경정비법(上)』, 진원사, 2010. 4. 95면.

125) 구 주택건설촉진법은 재건축조합을 ‘대통령령이 정하는 노후·불량한 주택을 철거하고 그 철거한 대지위에 주택을 건설하기 위하여 기존주택의 소유자가 설립한 조합’이라고만 규정하고 있었다.

택재개발사업 등과 크게 다르지 않게 되었으므로, 토지와 건축물 중 어느 하나만을 소유한 사람이 조합원이 될 수 있는 가능성을 전적으로 배제하고 있는 도시정비법의 태도는 과도하다는 비판이 있다.¹²⁶⁾ 그러나 주택재개발사업보다 시가상승에 따른 이익을 더 많이 기대할 수 있는 주택재건축사업에서는 투기를 방지하기 위해 토지 또는 건축물 중 어느 하나의 소유권만을 확보하는 방법으로 조합원 자격을 얻으려고 하는 사람의 사업 참여를 막아야 할 필요가 있다. 또한 주택재건축사업은 대부분 종전 공동주택을 철거하고 그 토지 위에 새로운 공동주택을 건축하는 방법으로 시행되므로, 건축물과 토지 중 어느 하나의 소유권만을 가지고 있는 사람을 생각하기도 어렵다. 그러므로 주택재건축사업에서 토지와 건축물을 모두 소유한 자에게만 조합원 자격을 부여하고 있는 도시정비법의 태도는 타당하다.

2. 정비조합과 조합원

(1) 정비조합의 가입

주택재개발사업에서 토지등소유자는 조합설립에 동의하지 않아도 주택재개발조합의 조합원이 된다. 반면 주택재건축사업에서는 조합설립에 동의한 토지등소유자만이 조합원이 된다(도시정비법 제19조 제1항).

주택재개발사업에서 토지등소유자는 강제로 조합원 지위를 얻게 되므로 사업시행계획인가 이후 분양신청절차에 참여할 수 있는 기회가 주어지지만, 주택재건축사업에서 조합설립에 동의하지 않은 토지등소유자는 조합원 지위를 얻지 못하여 분양신청절차에 참여할 수 없다.

(2) 조합원 지위의 이전

126) 김종보·전연규, 앞의 책(새로운 재건축·재개발이야기 I-상권), 607면.

주택재건축사업, 주택재개발사업에서 조합설립인가 이후 양도·증여·판결 등으로 조합원의 권리가 이전된 때에는 조합원의 권리를 취득한 사람을 조합원으로 본다(도시정비법 시행령 제30조 제2항). 재개발 표준정관과 재건축 표준정관은 조합원의 권리를 양수한 사람이 조합원의 권리·의무, 종전 권리자의 행위, 정비조합이 종전 권리자에게 행한 처분, 청산시 권리·의무의 범위 등을 포괄승계한다고 규정하고 있다(각 제9조 제5항). 또한 조합원이 건축물 소유권이나 입주자의 지위 등을 양도하였을 때에는 조합원의 자격을 즉시 상실하도록 규정하고 있다(각 제11조 제1항).

이처럼 조합원이 양도·상속·증여·판결 등으로 조합원의 지위를 이전한 때에는 조합원의 지위를 이전한 조합원은 조합원의 지위를 즉시 상실하지만, 새롭게 권리를 취득한 사람은 조합원의 지위를 얻게 된다.

II. 조합원의 권리와 의무

1. 조합원의 권리

조합원은 관리처분계획에 따라 대지 또는 건축물의 공급을 청구할 수 있다(재건축 표준정관 10조 제1항 제1호, 재개발 표준정관 제10조 제1항 제1호). 이는 정비사업의 궁극적인 목적이자 조합원의 가장 본질적인 권리이다. 조합원은 총회소집을 요구하거나 총회에 출석하여 정비사업에 필요한 각종 사항을 의결할 수도 있다(도시정비법 제24조, 같은 법 시행령 제34조).¹²⁷⁾ 조합원은 조합사무를 집행하기 위한 조합장과 이사, 조합의 업무를 감시할 수 있는 감시기관인 감사를 선임하거나 조합장·이사·감사로 선임될 수 있는 권리를 가진다(도시정비법 제21조 제1항, 제2항, 제6항, 같은 법 시행령 제33조). 또한 조합원은 총회를 대신해서 정비사업을 추진하기 위해 필요한 사항을 의결하는 대의원회를 구성하는 대의원을 선출하거나 대의원으로 선출될 수 있는 권리를 가진다(도시정비법

127) 이우재, 앞의 책, 691면.

제25조, 같은 법 시행령 제36조).¹²⁸⁾

2. 조합원의 의무

조합원은 소유하고 있는 토지 또는 건축물을 정비조합에 출자하고 분담금을 납부할 의무가 있다(재개발 표준정관 제5조 제1항, 제10조 제1항 제6호, 재건축 표준정관 제5조 제1항, 제10조 제1항 제5호). 조합원은 사업시행계획에 따라 종전 건축물을 철거하고 종전 토지 또는 건축물에서 이주할 의무가 있다. 조합원은 그 밖에 관계법령, 정관, 총회, 대의원회 등의 의결사항을 준수할 의무가 있다(재건축 표준정관 제10조 제1항 제7호, 제8호, 재건축 표준정관 제10조 제1항 제6호, 제7호).¹²⁹⁾

Ⅲ. 조합원 지위의 상실

1. 조합원 지위의 양도

정비조합설립인가 내용의 경미한 사항을 변경하고자 하는 때에는 조합원의 동의 없이 시장·군수에게 신고하고 변경할 수 있다(도시정비법 제16조 제1항 단서, 같은 조 제2항 단서). 도시정비법 시행령은 경미한 사항의 하나로 ‘토지 또는 건축물의 매매 등 때문에 조합원의 권리가 이전된 경우의 조합원의 교체 또는 신규가입’을 들고 있고(제27조 제2호), 정비조합설립인가 이후 양도·증여·판결 등 때문에 조합원의 권리가 이전된 때에는 조합원의 권리를 취득한 사람을 조합원으로 본다(도시정비법 시행령 제30조 제2항). 도시정비법은 정비조합이 정관을 작성할 때 ‘조합원의 제명·탈퇴 및 교체에 관한 사항’을 포함하도록 규정하고 있는데(제20조 제1항 제3호), 재개발 표준정관, 재건축 표준정관은 조합원이 건축물의 소유권이나 입주자로 선정된 지위 등을 양도하였을 때에는 조합원의

128) 이우재, 앞의 책, 691~692면.

129) 이우재, 앞의 책, 693~694면.

자격을 즉시 상실하도록 규정하고 있다(각 제11조 제1항).

이처럼 정비구역 안에 있는 토지 또는 건축물이 양도되면 조합원 지위도 함께 이전되고, 이에 따라 기존 조합원은 그 지위를 상실한다. 토지등 소유자만이 조합원이 될 수 있으므로(도시정비법 제19조 제1항), 토지등 소유자가 토지 또는 건축물을 양도하였다면 토지등소유자가 아니게 되어 더 이상 조합원의 지위를 유지할 수 없기 때문이다.

2. 조합원의 임의탈퇴

조합원은 조합설립에 최초로 동의한 날부터 30일까지만 조합설립의 동의를 철회할 수 있고, 30일이 지나지 않은 경우에도 조합설립을 위한 창립총회 이후에는 조합설립의 동의를 철회할 수 없다(도시정비법 시행령 제28조 제5항 제2호 나목). 조합설립을 위한 창립총회는 조합설립인가 신청 전에 개최되어야 한다(도시정비법 시행령 제22조의2 제1항). 이처럼 도시정비법은 조합원이 조합설립의 동의를 철회할 수 있는 기간을 짧게 정하여 조합원의 임의탈퇴를 엄격하게 제한하고 있다.

도시정비법은 조합정관을 작성할 때 ‘조합원의 제명·탈퇴 및 교체에 관한 사항’을 포함하도록 규정하고 있다(제20조 제1항 제3호). 이에 따라 재건축 표준정관은 조합원의 임의탈퇴를 원칙적으로 금지하고, 부득이한 사유가 발생한 경우에는 조합원 총회 또는 대의원회의 의결에 따라 탈퇴할 수 있도록 하고 있다(제11조 제4항). 조합원의 임의탈퇴가 빈번하게 허용되면 정비사업을 시행하기가 어려워지므로 사실상 임의탈퇴가 불가능하도록 조합정관을 운영하고 있는 것이다. 조합원의 임의탈퇴를 조합원 총회에서 의결할지 대의원회에서 의결할지는 당해 정비조합의 조합원 수, 단지 규모, 탈퇴가 조합에 미치는 영향 등을 감안하여 결정하면 된다. 주택재개발사업은 강제가입제를 채택하고 있으므로, 조합원의 임의탈퇴는 허용되지 않는다.

조합원은 토지 또는 건축물을 양도하는 방법으로 조합원의 지위에서 벗어날 수 있고, 정비조합을 해산할 수도 있으므로 임의탈퇴를 제한하더라도 조합원에게 지나치게 불리한 해석이라고 볼 수 없다.¹³⁰⁾ 정비사업으로 달성하려고 하는 불량·노후주택의 해소라는 공익과 임의탈퇴를 허용하여 보호할 수 있는 조합원의 사익을 비교형량 하더라도, 조합원의 임의탈퇴를 제한해야 할 필요성이 더 크다고 볼 수 있다.¹³¹⁾ 대법원은 구 주택건설촉진법상 재건축조합과 관련된 사안에서, 조합원에게 재건축조합의 목적 달성에 협력할 의무가 있고 조합원이 임의탈퇴하는 경우 재건축사업의 시행이 불가능하거나 현저히 곤란하게 된다는 이유로 재건축조합의 본질상 부득이한 사유가 없는 한 조합원의 임의 탈퇴를 허용하지 않는다고 판단한 적이 있다.¹³²⁾

3. 조합원 지위의 박탈

(1) 조합원의 제명

제명¹³³⁾이란 정비조합 내부의 의사결정으로 조합원을 조합관계에서 배

130) 이대경, 「재건축조합의 조합원이 재건축조합에서 임의탈퇴할 수 있는지 여부(소극) 등」, 『대법원판례해설』 28호, 법원도서관, 1997. 265면.

131) 이대경, 앞의 논문, 266면.

132) 대법원 1997. 5. 30. 선고 96다23887 판결.

133) 민법 제717조는 조합원의 강제탈퇴 사유로서 사망, 파산, 성년후견의 개시, 제명을 들고 있다. 정비조합의 조합원이 사망하는 경우 조합정관에 따라 상속인이 조합원의 지위를 상속하게 된다(재건축 표준정관 제9조 제4항, 재개발 표준정관 제9조 제5항). 그러므로 민법상 조합원의 강제탈퇴 사유인 사망은 정비조합의 조합원에게는 적용되지 않는다고 해석해야 한다. 민법상 조합의 재산은 조합원 전원에게 합유의 형태로 귀속되어 있기 때문에, 조합원이 그 지위를 유지하는 한 조합원의 지분을 변제에 충당하여 파산의 목적을 달성하기 어렵다. 이에 민법은 조합원의 파산을 강제탈퇴 사유로 규정하고 있다. 그러나 정비조합의 조합원은 대지 또는 건축물을 공급받거나 출자재산을 금전으로 돌려받게 되므로 조합원의 파산을 강제탈퇴 사유로 보지 않더라도 조합원 채권자의 이익이 침해될 염려가 없다. 조합원을 대상으로 하는 성년후견의 개시 역시 성년후견이 개시된 조합원과 다른 조합원과의 관계를 고려하여 민법에 강제탈퇴 사유로 규정되어 있으므로, 정비조합의 조합원에게는

제하는 방법이다. 도시정비법은 ‘조합원의 제명·탈퇴 및 교체에 관한 사항’을 정관에 포함하도록 규정하고 있다(제20조 제1항 제3호). 이에 따라 재건축 표준정관은 조합원이 고의 또는 중대한 과실, 의무불이행 등으로 정비조합에 막대한 손해를 입힌 경우에는 총회의 의결에 따라 조합원을 제명할 수 있도록 규정하고 있다(제11조 제3항). 재개발 표준정관은 조합원의 제명과 관련된 규정을 두고 있지 않다.

(2) 부동산 소유권의 상실

주택재개발사업에서는 토지등소유자 전원이 조합원이 되고, 주택재건축사업에서는 토지등소유자 중에서 조합설립에 동의한 사람이 조합원이 된다(제19조 제1항). 즉, 정비조합의 조합원 지위는 토지 또는 건축물 소유권을 전제로 하고 있다. 따라서 정비조합의 조합원이 토지 또는 건축물의 소유권 상실하게 되면 그는 더 이상 도시정비법 제19조 제1항이 정하고 있는 토지등소유자에 해당하지 않게 되어 정비조합의 조합원 지위를 상실하게 된다.¹³⁴⁾ 대법원도 구 도시재개발법상 수용재결과 관련된 사안에서, 재개발조합의 조합원은 수용재결에서 정한 수용의 시기에 토지 등의 소유권을 상실하고, 이에 따라 조합원으로서의 지위, 조합원으로서 가지는 분양신청권도 상실한다고 판단하였다.¹³⁵⁾

다만, 주택재개발조합은 주택재개발사업으로 조성되는 대지 또는 건축물을 현물보상하고 종전 토지 또는 건축물을 수용할 수 있다(도시정비법 제40조 제4항). 일반적으로 사업시행자가 수용 또는 사용 개시일까지 관할 토지수용위원회가 재결한 보상금을 지급하거나 공탁하지 않았을 때에

적용되지 않는다고 해석해야 한다.

134) 김용찬, 「피고 조합(재개발조합)이 수용재결에 따라 공탁한 수용보상금을 원고(재개발구역 안의 토지 및 건축물의 소유자)가 수령하였고, 위 수용재결에 대한 원고의 이의신청을 기각한 이의재결이 확정된 경우, 원고는 피고 조합의 조합원으로서의 지위를 상실하게 되어 분양신청을 할 수 없게 되는지 여부」, 『대법원판례해설』 38호, 법원도서관, 2002. 6. 631면, 638~639면.

135) 대법원 2001. 9. 7. 선고 2000두1485 판결.

는 해당 토지수용위원회의 재결은 효력을 상실한다(토지보상법 제42조 제1항). 그러나 주택재개발조합의 조합원에게 대지 또는 건축물을 현물로 보상하는 경우에는 이를 적용하지 않는다(도시정비법 제40조 제4항). 따라서 대지 또는 건축물을 현물로 보상하는 경우에는 조합원이 현물보상을 받기 이전에 종전 토지 또는 건축물의 소유권을 상실하였다고 해도 예외적으로 조합원의 지위를 인정할 필요가 있다.¹³⁶⁾

분양신청기간에 분양신청을 하지 않으면 조합원의 지위를 상실한다는 재개발 표준정관 제11조 제2항은 토지 또는 건축물 소유권을 잃은 경우에 조합원 지위를 상실하도록 한 도시정비법과 모순되므로 무효로 보아야 한다. 재개발 표준정관 제11조 제2항이 무효가 아니라고 보려면 분양신청을 하지 않은 조합원은 현금청산절차에서 종전 토지 또는 건축물 소유권을 정비조합에 이전한 때에 비로소 조합원의 지위를 상실한다고 해석해야 한다. 재개발 표준정관 제11조 제1항이 건축물의 소유권이나 입주자로 선정된 지위등을 양도하였을 때에는 조합원의 자격을 ‘즉시’ 상실한다고 규정하고 있는 반면, 재개발 표준정관 제11조 제2항은 ‘즉시’라는 표현을 사용하지 않고 있으므로 그러한 해석도 가능하다고 생각된다.

136) 김종보, 앞의 논문(특수한 형태의 수용과 보상), 68면.

제 3 절 조합원 분양계약 미체결자와 현금청산제도

I. 조합원 분양계약의 의의와 법적성질

1. 조합원 분양과 일반분양

(1) 조합원 분양과 일반분양의 개념

시장·군수는 정비사업의 공사가 완료된 때에는 준공검사를 실시하여 준공을 인가하고, 공사 완료를 고시해야 한다(도시정비법 제52조). 사업시행자는 관리처분계획에 따라 조합원에게 공사가 완료된 대지 또는 건축물을 공급한다. 실무상 이를 ‘조합원 분양’이라 부른다(도시정비법 제50조 제1항, 제48조 제1항 제3호 가목).

사업시행자는 사업비용을 마련하기 위해 대지 또는 건축물 중에서 조합원에게 공급되지 않고 남은 물량을 조합원이 아닌 사람에게 매도하는데, 실무상 이를 ‘일반분양’이라 부른다(도시정비법 제48조 제1항 제3호 나목, 같은 조 제3항). 일반적으로 사업시행자는 정비사업에 사용되는 비용을 마련하기 위해 조합원의 수를 초과해서 대지 또는 건축물을 조성한다(도시정비법 제55조 제2항).

조합원은 정비조합에 종전 토지 또는 건축물 등을 출자하고 그에 대응하여 새롭게 조성된 대지 또는 건축물을 공급받는다. 정비사업에서 발생하는 이익 또는 손실은 궁극적으로 정비사업의 구성원인 조합원에게 귀속되므로, 조합원은 사실상 사업시행자의 지위에 있다고 평가된다. 그러므로 일반분양자가 아닌 조합원에게 ‘나누어 판다’는 의미를 가지고 있는 분양이라는 용어를 사용하는 것은 적절하지 않다. 그럼에도 불구하고 도시정비법은 ‘일반분양’과의 구별을 위해서 ‘조합원 분양’이라는 용어를 사용하고 있다.¹³⁷⁾ ‘조합원 분양’이라는 용어 때문에 발생할 수 있는 혼란

을 방지하기 위해서 조합원에게 공급되는 대지 또는 건축물은 ‘조합원 공급분’으로 지칭하도록 도시정비법을 개정할 필요가 있다.¹³⁷⁾

(2) 조합원 분양의 절차

정비사업은 조합원에게 정비사업으로 조성된 대지 또는 건축물을 공급하는 사업이므로, 정비사업절차 전체가 조합원 분양의 절차다. 정비사업은 정비구역 지정, 추진위원회 승인, 조합설립인가, 사업시행계획인가, 분양공고와 분양신청, 관리처분계획인가, 이주와 착공, 준공인가와 이전고시, 입주 등의 순서로 진행된다.¹³⁸⁾ 다만 개별 조합원에게 대지 또는 건축물이 공급되는지, 공급된다면 그 위치와 면적은 어떤지 등은 분양신청 현황을 반영한 관리처분계획에 따라 결정된다(도시정비법 제48조 제1항, 제46조). 그러므로 여러 정비사업절차 중 관리처분계획이 조합원 분양과 가장 직접적으로 관련된 절차로 볼 수 있다.

이렇게 도시정비법이 규정하고 있는 조합원 분양절차 외에, 실무상 민사상 계약의 형태로 조합원 분양계약이 체결되고 있다. 도시정비법은 조합원 분양계약과 관련된 규정을 전혀 두고 있지 않다.

2. 조합원 분양계약의 의의와 내용

(1) 조합원 분양계약의 개념

조합원 분양계약은 정비조합이 대지 또는 건축물을 공급하고, 조합원은 그 대가로 일정한 금원을 지급하는 내용의 계약으로서,¹⁴⁰⁾ 관리처분

137) 김중보, 「조합원 분양계약의 위법성」, 사법 23호, 사법발전재단, 2013. 3. 13면.

138) 다만, 이 연구에서는 편의상 ‘조합원 분양’, ‘분양대상자’ 등의 용어를 그대로 사용하도록 한다.

139) 김중보, 앞의 논문(조합원 분양계약의 위법성), 13면.

계획인가의 고시 이후에 체결된다.

(2) 조합원 분양계약의 내용

조합원 분양계약에는 공급받을 주택의 동·호수, 공급받을 주택의 전용·공용면적, 지하주차장 등 기타 공용면적, 대지지분, 조합원 분담금 총액, 분담금 납부일, 분담금 납부방법 등이 포함되어 있다. 관리처분계획에는 분양설계, 분양대상자별 분양예정인 대지 또는 건축물의 추산액, 정비사업비의 추산액 등이 포함된다(도시정비법 제48조 제1항). 그러므로 조합원 분양계약의 내용 중 주택의 동·호수¹⁴¹⁾, 주택의 전용·공용면적, 지하주차장 등 기타 공용면적, 대지지분, 조합원 분담금 총액 등은 관리처분계획의 확인에 불과하다.

그러나 조합원 분양계약의 내용 중 분담금 납부일, 분담금 납부방법 등은 관리처분계획에 포함되어 있지 않다. 따라서 관리처분계획에서 정하지 않은 내용을 조합원 분양계약으로 정하는 것이 도시정비법 위반인지가 문제이다.

(3) 조합원 분양계약과 일반분양계약

사업시행자는 분양신청 현황에 따라 관리처분계획을 수립하므로(도시정비법 제48조 제1항), 조합원 분양계약은 관리처분계획이 인가된 이후 분양신청자를 대상으로 체결된다. 조합원 분양계약이 체결되고 나면 조

140) 김중보, 앞의 논문(조합원 분양계약의 위법성), 14면.

141) 조합원에게 공급되는 주택의 동·호수는 관리처분계획의 내용을 구성하므로 관리처분계획의 수립단계에서 정해져야 한다. 그러나 실무에서는 기술적인 이유로 관리처분계획이 인가되고 나면 일정한 기간에 동·호수 추첨회의를 개최하여 분양되는 주택의 동·호수를 확정하고 있다. 동·호수 추첨회의 결과 확정된 동·호수는 관리처분계획과 일체가 되어 그 내용을 이루다고 해석해야 한다[김중보·전연규, 앞의 책(새로운 재건축·재개발 이야기 I - 하권), 575~576면].

합원의 이주가 시작되고 공사의 착공이 가능하다(도시정비법 제48조의 2). 일반분양 역시 관리처분계획에 따라 이루어지는데, 주택법(제54조)과 주택공급에 관한 규칙에 따라 조합원이 아닌 사람에게 매도된다(도시정비법 제50조 제5항). 사업시행자는 주택공급에 관한 규칙에 따라 이른 경우 착공과 동시에 입주자를 모집할 수 있다(제15조) 즉, 조합원 분양계약과 일반 분양계약은 거의 같은 시기에 체결된다.

통상적으로 조합원 분양계약은 조합원에게 분담금의 20%¹⁴²⁾를 계약금으로 납부하도록 정하고 있다. 이후 일정한 간격을 두고 분담금의 60%를 중도금으로, 나머지 20%는 잔금으로 납부하도록 정하고 있다. 일반분양에 적용되는 주택공급에 관한 규칙은 매매대금을 청약금, 계약금, 중도금, 잔금으로 구분하고, 청약금은 주택가격의 10%, 계약금은 청약금을 포함하여 주택가격의 20%, 중도금은 주택가격의 60%¹⁴³⁾의 범위 안에서 정할 수 있도록 하고 있다(제60조 제1항). 즉, 조합원 분양계약은 일반분양계약과 그 분담금 납부일과 납부방법이 동일하게 운용되고 있다.

3. 조합원 분양계약의 법적성질

정비사업에서 조합원을 상대로 하는 대지 또는 건축물 공급은 관리처분계획에 따라 이루어지므로(도시정비법 제50조 제1항), 조합원 분양계약이라는 별도의 행위는 불필요하다. 또한 조합원 분양계약에 따라 조합원이 납부하는 분양대금은 조합정관과 관리처분계획에서 정해놓은 조합원 분담금에 해당한다. 그러므로 정비조합의 대지 또는 건축물 공급의무와 조합원의 분담금 지급의무가 조합원 분양계약에 따라서 새롭게 발생한다고 볼 수는 없다.¹⁴⁴⁾

142) 10%씩 2차례에 걸쳐 나누어 내도록 하는 경우가 많다.

143) 계약금을 주택가격의 10% 범위 안에서 받은 경우에는 중도금으로 주택가격의 70%를 받을 수 있다.

144) 김종보, 앞의 논문(조합원 분양계약의 위법성), 16면.

조합원 분양계약은 정비조합 뿐만 아니라 시공사도 계약당사자로 정하는 경우가 많으므로 정비사업과 관련된 시공사의 법적책임을 인정하거나 해당 주택이 조합원 분양분이라는 점을 증명하는 부수적 효과는 있다.¹⁴⁵⁾ 그러나 조합원 분양계약의 궁극적인 목적은 조합원이 조합원 분담금을 납부하는 시기를 이전고시 이전으로 앞당기는 것이다. 조합원은 사업시행자의 부과금 부과처분이 없다면 이전고시 이후에 청산금의 형태로 분담금을 납부하게 된다. 즉, 도시정비법은 원칙적으로 조합원이 이전고시 이후에 청산절차를 통해서 분담금을 납부하도록 하고 있고, 예외적으로 부과금을 부과하거나 청산금을 분할하여 사전에 납부하도록 한 경우에는 이전고시 이전이라도 분담금을 일부 또는 전부 납부하도록 하고 있다. 그러나 조합원 분양계약은 조합원에게 이전고시 이전에 분양대금 즉, 조합원 분담금을 전액 납부하도록 하고 있으므로,¹⁴⁶⁾ 조합원 분담금의 납부시점을 이전고시 이전으로 앞당기는 결과를 가져온다.

II. 조합원 분양계약의 효력

1. 표준정관과 조합원 소유권의 박탈

국토교통부장관은 정비조합의 정관작성을 돕기 위해 표준정관을 작성하여 보급할 수 있는데(도시정비법 제20조 제2항), 이는 형식상 행정규칙에 해당한다. 국토교통부장관이 제정한 표준정관에는 재개발 표준정관과 재건축 표준정관이 있다.

재개발 표준정관과 재건축 표준정관은 조합원에게 관리처분계획인가 이후 일정한 기간에 조합원 분양계약을 체결하도록 하고, 그렇지 않은 조합원에게는 현금청산 규정을 준용하여 소유권을 박탈하도록 하고 있다(재개발 표준정관 제44조 제5항, 재건축 표준정관 제42조 제5항). 대법원

145) 김중보, 앞의 논문(조합원 분양계약의 위법성), 16~17면.

146) 김중보, 앞의 논문(조합원 분양계약의 위법성), 16면.

은 이러한 표준정관에 따라 만들어진 조합정관 규정을 무효라고 볼 수는 없다는 입장이다.¹⁴⁷⁾

그러나 헌법은 공공필요에 따른 재산권의 수용·사용 또는 제한은 법률로 해야 한다고 규정하고 있으므로(제23조 제3항), 조합원은 법령이 정하는 특정한 사유에 해당하는 경우에만 소유권을 박탈당할 뿐이고, 조합정관이 정하는 사유로는 소유권을 박탈당하지 않는다.¹⁴⁸⁾ 도시정비법은 분양신청을 하지 않거나 분양신청기간에 철회한 조합원, 관리처분계획에서 배제된 조합원에게는 현금청산절차(제47조)¹⁴⁹⁾를 통해서, 주택재건축사업에서 조합설립에 동의하지 않은 토지등소유자에게는 매도청구소송으로(제39조)¹⁵⁰⁾ 토지 또는 건축물 소유권을 박탈할 수 있도록 규정하고 있을 뿐이고, 조합원 분양계약과 관련된 아무런 규정도 두고 있지 않다.

재개발 표준정관과 재건축 표준정관은 조합원 분양계약을 체결하지 않은 사람을 현금청산대상에 포함시켜 소유권을 박탈하도록 하고 있다. 이는 법령의 위임도 없이 조합원의 소유권을 침해하므로 헌법에 위배되어 무효이다. 이러한 재개발 표준정관과 재건축 표준정관을 토대로 만들어진 조합정관의 해당 규정 역시 무효이고, 이러한 조합정관에 따라 체결된 조합원 분양계약도 무효이다.

2. 표준정관과 조합원 비용부담의 형식

(1) 행정처분으로서 부과금 부과·징수

사업시행자는 조합정관에 따라 정비사업비와 정비사업에서 발생한 수

147) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다91364 판결.

148) 김종보, 앞의 논문(조합원 분양계약의 위법성), 22면.

149) 주택재개발사업에서 협의로 현금청산금액을 정하지 못한 경우에는 수용절차로 이어진다.

150) 수용소송의 성질을 가지고 있다.

입의 차액을 조합원에게 부과·징수할 수 있다(도시정비법 제60조, 제61조). 도시정비법의 해석상 조합원이 정비사업을 위해 부담해야 하는 분담금은 부과금과 청산금으로 구성되는데, 청산금은 이전고시 이후의 분담금 부과·징수를 의미하므로 부과금은 이전고시 이전의 분담금 부과·징수를 의미한다.¹⁵¹⁾

도시정비법은 사업시행자가 부과금을 “부과·징수할 수 있다”(제61조 제1항)고 규정하고 있고, 조합원이 부과금을 채납하는 경우에는 지방세 채납처분의 예에 따라 이를 부과·징수할 수 있다고 규정하고 있다(도시정비법 제61조 제4항, 제5항). 그러므로 사업시행자의 부과금 부과·징수는 행정처분의 형식으로 이루어져야 한다. 통상적으로 ‘부과·징수’라는 표현은 행정처분을 의미하고, 지방세채납처분의 예에 따라 채납된 부과금을 부과·징수하려면 부과금 부과·징수가 지방세채납처분과 같은 행정처분이라는 점이 전제되어야 하기 때문이다.¹⁵²⁾

관련 법령이 행정청에게 행정처분으로 사인의 의무내용을 실현하도록 규정하고 있는 경우에, 같은 결과를 민사상 방법으로 얻으려는 행위는 허용되지 않는다.¹⁵³⁾ 도시정비법이 부과금을 행정처분의 형식으로 부과·징수하도록 규정하고 있는 이상, 조합원 분양계약이라는 민사상 계약의 형태로 부과금을 부과·징수할 수는 없다.

(2) 행정처분으로서 청산금의 분할징수

사업시행자는 이전고시 이후에 조합원이 공급받은 대지 또는 건축물 가격과 종전 토지 또는 건축물 가격의 차액을 청산금으로 징수하거나 지급해야 한다. 다만, 사업시행자는 조합정관이나 조합원 총회의 의결에 따라 관리처분계획인가 이후부터 이전고시일까지 청산금을 분할해서 징수

151) 김중보, 앞의 논문(조합원 분양계약의 위법성), 24면.

152) 김중보, 앞의 논문(조합원 분양계약의 위법성), 24~25면.

153) 대법원 2000. 5. 15. 선고 99다18909 판결.

하거나 지급할 수 있다(도시정비법 제57조 제1항).

부과금은 청산금과의 상호 관계 때문에 부과금을 부과·징수한 이후에도 추가적인 청산절차를 예정하고 있다. 즉, 전체 분담금 중 부과금으로 부과·징수되고 남은 부분이 있다면 이전고시 이후에 그 부분을 청산금으로 징수하거나 지급해야 한다. 이와 달리 청산금을 분할하여 지급하는 경우 분할한 청산금을 이전고시 이전에 확정적으로 지급할 수 있다.

도시정비법은 사업시행자에게 조합원이 청산금을 “분할징수할 수 있다”(제57조 제1항 단서)고 규정하고 있다. 또한 조합원이 청산금을 납부하지 않는 경우에는 지방세체납처분의 예에 따라 이를 징수할 수 있다(도시정비법 제58조 제1항). 그러므로 청산금의 분할징수 역시 부과금 부과·징수와 같이 행정처분의 형식으로 이루어져야 한다.¹⁵⁴⁾

도시정비법이 청산금의 분할징수를 행정처분의 형식으로 하도록 규정하고 있는 이상, 민사상 계약의 형태인 조합원 분양계약으로 청산금을 분할징수할 수는 없다.

(3) 소결

재개발 표준정관과 재건축 표준정관은 행정처분으로 하도록 규정되어 있는 부과금 부과·징수, 청산금 분할징수를 민사상 계약인 조합원 분양계약으로 하도록 하였으므로, 도시정비법에 위배되어 무효이다. 이러한 표준정관에 따라 만들어진 조합정관의 해당 규정 역시 무효이고, 조합정관에 따라 체결된 조합원 분양계약도 무효이다.

3. 표준정관과 조합원 총회의결

154) 김종보, 앞의 논문(조합원 분양계약의 위법성), 24~25면.

정비조합이 부과금을 부과·징수하고 청산금을 분할징수하려면 조합원 총회의 의결을 거쳐야 한다(도시정비법 제24조 제3항 제3호, 제11호). 조합원 총회에서는 분담금 중 이전고시 이전에 부과금으로 납부할 금액과 청산금으로 정산할 금액의 배분비율, 부과금과 청산금의 부과·징수 시기와 방법이 정해져야 한다.¹⁵⁵⁾ 정비조합이 조합원에게 이전고시 이전에 부과금을 부과·징수하거나 청산금을 분할징수하려면 반드시 조합원 총회의 의결을 거쳐야 한다. 만약 정비조합이 총회의 의결을 거치지 않고 부과금을 부과·징수하거나 청산금을 분할징수한다면 이는 도시정비법에 위배되는 위법한 처분이다.

관리처분계획을 수립·변경하려면 조합원 총회의 의결을 거쳐야 하는데, 관리처분계획은 조합원에게 대지 또는 건축물을 공급하는 포괄적인 내용을 담고 있으므로, 관리처분계획을 수립·변경하기 위한 총회의결 안에 조합원 분양계약을 체결하기 위한 총회의결이 포함되어 있다고 보는 견해가 있을 수 있다. 그러나 부과금의 금액과 징수방법(도시정비법 제24조 제3항 제3호), 청산금의 징수(도시정비법 제24조 제3항 제11호)는 관리처분계획의 수립·변경(도시정비법 제24조 제3항 제10호)과 별개의 총회의결 사유로 규정되어 있다. 그러므로 설령 부과금 부과·징수, 청산금의 분할징수를 위한 조합원 총회의결을 조합원 분양계약 체결을 위한 조합원 총회의결로 본다고 하더라도, 관리처분계획의 수립·변경을 위한 조합원 총회의결이 조합원 분양계약 체결을 위한 조합원 총회의결에 해당한다고 볼 수는 없다.¹⁵⁶⁾

재개발 표준정관과 재건축 표준정관은 조합원 총회의결을 거치지 않고 분담금의 선납, 선납할 분담금의 비율과 금액, 분할납부의 시기 등을 조합원 분양계약에서 정하도록 하였으므로 도시정비법에 위배되어 무효이다. 이러한 표준정관에 따라 만들어진 조합정관의 해당 규정 역시 무효

155) 김종보, 앞의 논문(조합원 분양계약의 위법성), 25면.

156) 김종보, 앞의 논문(조합원 분양계약의 위법성), 28~29면.

이고, 조합정관에 따라 체결된 조합원 분양계약도 무효이다.

Ⅲ. 조합원 분양계약 미체결자에 대한 조치

1. 조합원 분양계약과 현금청산대상자

(1) 당연무효인 조합원 분양계약

앞서 검토한 대로, 조합원 분양계약을 체결하지 않는 조합원을 현금청산대상으로 보아 토지 또는 건축물 소유권을 박탈하는 재개발 표준정관, 재건축 표준정관, 조합정관 규정과 이에 따른 조합원 분양계약은 헌법과 도시정비법에 위배되어 무효이다. 그러므로 조합원이 조합원 분양계약을 체결하지 않았다고 하여 현금청산대상이 된다고 볼 수는 없다.

(2) 한정적 열거로서 도시정비법 제47조 제1항

도시정비법 제47조 제1항이 규정하고 있는 현금청산사유 외에 다른 현금청산사유를 인정할 수 있는지 문제인데, 도시정비법 제47조 제1항은 조합원이 조합설립 이후에 조합관계에서 이탈하는 경우 그 법률효과로서 현금청산이 이루어지도록 규정한 일반조항이라고 보는 견해가 있다. 이 견해는 도시정비법 제47조 제1항은 조합설립 이후 조합관계에서 이탈하는 유형 중 정비사업 특유의 사유만을 예시적으로 열거하고 있고, 조합원의 제명이나 탈퇴 등은 정비사업에 특유한 사유가 아니어서 명시하지 않았을 뿐이라고 한다.¹⁵⁷⁾

도시정비법은 특정한 조항에서 현금청산조항을 준용하는 경우에는 명시적으로 ‘준용’이라는 표현을 사용하고 있다(제19조 제3항).¹⁵⁸⁾ 반면 조

157) 정기상, 「주택재건축사업에 있어 조합원 지위의 상실에 따른 법률관계」, 『저스티스』 통권 제142호, 한국법학원, 2014. 6. 255면.

합원의 ‘제명·탈퇴 및 교체에 관한 사항’은 단지 조합정관에 포함시켜야 한다고만 규정하고 있을 뿐(제20조 제1항 제3호), 현금청산사유로 규정하거나 현금청산조항을 준용하도록 하고 있지 않다. 그러므로 조합원의 제명·탈퇴·교체는 현금청산사유가 아니라고 해석하는 것이 도시정비법의 입법태도에 부합한다. 또한 강제가입제로 운용되고 있는 주택재개발사업에서는 논리상 조합원의 제명이 허용되지 않고,¹⁵⁹⁾ 주택재건축사업에서는 조합원으로서 고의 또는 중대한 과실, 의무불이행 등으로 정비조합에 막대한 손해를 입힌 예외적인 경우에만 조합원을 제명하고 있다. 따라서 조합원의 제명이 현금청산사유에 해당한다고 볼 수는 없다.

그러므로 도시정비법 제47조 제1항은 제한적 열거조항으로 해석하여 한다. 주택재건축사업에서 제명된 조합원은 처음부터 주택재건축조합 설립에 동의하지 않았던 사람에 준하여 매도청구소송으로 토지 또는 건축물에 대한 소유권을 확보해야 한다.

2. 관리처분계획과 조합원 분양

사업시행자는 분양신청기간이 종료된 이후에 분양신청 현황을 기초로 관리처분계획을 수립하여 시장·군수의 인가를 받는다(도시정비법 제48조 제1항). 정비사업으로 조성된 대지 또는 건축물은 관리처분계획에 따라 처분 또는 관리해야 한다(도시정비법 제48조 제4항). 사업시행자는 관리처분계획에 따라 정비사업으로 조성된 대지 또는 건축물을 조합원에게 공급해야 한다(도시정비법 제50조 제1항).

이처럼 도시정비법은 정비사업으로 조성된 대지 또는 건축물을 관리처

158) “사업시행자는 제2항 각호 외의 부분 본문의 규정에 의하여 조합설립인가 후 당해 정비사업의 건축물 또는 토지를 양수한 자로서 조합원의 자격을 취득할 수 없는 자에 대하여는 제47조의 규정을 준용하여 현금으로 청산하여야 한다”

159) 재개발 표준정관은 조합원을 제명할 수 있는 경우를 규정하고 있지 않다.

분계획에 따라 조합원에게 공급하도록 규정하고 있다. 그러므로 분양신청을 하였으나 분양계약을 체결하지 않은 조합원에게는 관리처분계획에 따라 그대로 대지 또는 건축물을 공급하면 된다.

분양계약을 체결하지 않은 조합원으로서 대지 또는 건축물을 양도하는 방법으로 얼마든지 정비사업에서 이탈할 수 있다. 특히 주택재건축사업에서 조합설립에 동의하였음에도 분양계약을 체결하지 않은 조합원의 주된 동기는 정비사업으로 공급받게 될 대지 또는 건축물의 가격이 예상했던 만큼 상승하지 않거나 오히려 하락하여 기대하던 수익을 얻기 어렵게 되었기 때문이다. 이들은 분양계약을 체결하지 않는 방법으로 정비사업에서 이탈하여 당시까지 소요된 정비사업비 부담을 회피하고, 탈퇴 당시의 토지 또는 건축물의 가액에 따라 현금청산금을 지급받으려고 한다. 그러므로 분양계약을 체결하지 않은 조합원을 현금청산대상자로 인정하지 않는다고 해도 지나치게 불리하거나 공익목적의 달성에 문제가 있다고 볼 수 없다.

제 4 절 현금청산대상자의 조합원 지위

I. 도시정비법상 현금청산대상자

1. 현금청산대상자의 범위

도시정비법은 ① 분양신청을 하지 않은 조합원, ② 분양신청기간에 분양신청을 철회한 조합원, ③ 관리처분계획에 따라 분양대상에서 제외된 조합원을 현금청산대상자로 규정하고 있다(제47조 제1항). 구 도시정비법은 2012. 2. 1. 개정 이전에는 분양신청의 철회가 언제까지 가능한지 규정하지 않았다(제47조 제2호). 그러나 분양신청기간 이후의 분양신청 철회는 관리처분계획에 반영되지 못하므로(도시정비법 제48조 제1항), 구 도시정비법 제47조 제2호 역시 분양신청기간에 분양신청을 철회한 조합원을 가리키고, 그 이후에 임의로 분양신청을 철회한 조합원은 여기에 포함되지 않는다고 해석되었다.¹⁶⁰⁾ 대법원 역시 같은 입장이다.¹⁶¹⁾

2. 투기과열지구 안의 건축물 또는 토지 양수인

주택법상 투기과열지구로 지정된 지역 안에서 주택재건축사업이 시행되는 경우, 조합설립인가 이후에 당해 정비사업 구역 안에 있는 건축물 또는 토지를 양수¹⁶²⁾한 사람은 원칙적으로 조합원이 될 수 없다(도시정비법 제19조 제2항). 사업시행자는 도시정비법 제47조의 규정을 준용하여 그 사람을 현금으로 청산해야 한다(도시정비법 제19조 제3항). 투기과열지구 안에 있는 토지 또는 건축물의 양수인은 조합원 지위가 인정되지 않으므로 도시정비법상 현금청산대상자가 될 수는 없고, 단지 도시정

160) 이우재, 『도시 및 주거환경정비법(下)』, 진원사, 2010. 4. 194~195면.

161) 대법원 2014. 8. 26. 선고 2013두4293 판결.

162) 매매·증여 그 밖의 권리의 변동에 수반하는 일체의 행위를 포함하되, 상속·이혼으로 인한 양도·양수의 경우를 제외한다.

비법 제47조에 따라 현금으로 청산될 뿐이다.¹⁶³⁾

토지 또는 건축물의 양도인이 조합원이 아니라면 도시정비법 제39조에 따라 매도청구의 대상이 되므로, 도시정비법 제19조 제3항은 양도인이 조합원인 경우에 적용된다.¹⁶⁴⁾ 원칙적으로 조합원이 토지 또는 건축물을 양도하는 경우에는 양도인은 조합원 지위를 상실하고 양수인이 조합원의 지위를 얻게 되지만(도시정비법 제30조 제2항), 투기과열지구 안에서 시행되는 주택재건축사업의 경우에는 양수인이 조합원 지위를 인정받지 못한다. 투기수요를 차단하려는 입법적 조치이다.

양도인은 조합원 지위를 상실하여 정비조합에서 이탈하게 되고 양수인은 조합원이 되지 못하므로, 원칙적으로 양도인이 조합관계 이탈 당시의 조합재산을 기준으로 출자지분을 환급받아야 한다. 하지만 도시정비법 제19조 제3항은 특칙으로서 이러한 경우 양도인이 아니라 양수인이 대신 출자지분을 환급받도록 규정하고 있다.¹⁶⁵⁾

도시정비법 제19조 제3항은 2003. 12. 31. 신설될 당시 조합설립인가일을 기준으로 현금청산금액을 산정하도록 규정하였는데, 이후 2009. 2. 6. 개정으로 현금청산금액 산정기준일과 관련된 부분이 삭제되었다. 민법 제719조 제1항은 조합원 탈퇴당시의 조합재산을 기준으로 출자지분환급금을 계산하도록 하고 있고 양수인은 양도인을 대신하여 출자지분을 환급받는 것이므로, 양도인이 정비조합에서 탈퇴한 시점, 즉 토지 또는 건축물의 양도시점을 기준으로 현금청산금액을 산정해야 한다.

II. 현금청산대상자의 조합원 지위 상실

1. 개설

163) 이우재, 앞의 책(도시 및 주거환경정비법 下), 197면.

164) 이우재, 앞의 책(도시 및 주거환경정비법 下), 203면.

165) 이우재, 앞의 책(도시 및 주거환경정비법 下), 206면.

대법원은 주택재건축사업에서 분양신청을 하지 않거나 철회하여 현금 청산대상자가 된 조합원은 분양신청기간 종료일 다음날 조합원의 지위를 상실한다고 보았다.¹⁶⁶⁾ 또한 조합원이 주택재건축조합에서 제명되거나 탈퇴하는 등 후발적인 사정으로 그 지위를 상실하는 경우에도 처음부터 분양신청을 하지 않거나 철회하는 경우와 마찬가지로 현금청산대상자가 된다고 보기도 하였다.¹⁶⁷⁾ 그 외에도 대법원은 주택재개발조합의 조합원이 현금청산대상자가 되면 조합원의 지위를 상실한다는 전제에서, 현금 청산대상자에게 부과금을 부과·징수할 수 있는지 판단하였다.¹⁶⁸⁾

이러한 대법원의 태도는 도시정비법상 정비사업이 공용환권방식으로 시행되고 있다는 전제에 기초를 두고 있는 것으로 보인다. 대법원은 구 도시재개발법상 재개발사업이 공용환권방식으로 시행된다고 보았고¹⁶⁹⁾, 도시정비법상 주택재건축사업의 경우에도 동일하게 인식하고 있다.¹⁷⁰⁾ 대법원은 종전 토지 또는 건축물 소유권이 이전고시에 따라 새로운 대지 또는 건축물 소유권으로 변환된다고 전제하고 있으므로, 같은 논리에서 현금청산사유가 발생한 시점에 현금청산대상자의 종전 토지 또는 건축물 소유권이 사업시행자의 소유권으로 변환되고, 현금청산대상자가 조합원의 지위를 상실한다고 인식하고 있는 것으로 보인다.

그러나 도시정비법은 공용환권방식이 아니라 취득·배분방식으로 시행되고 있으므로, 현금청산대상자는 사업시행자에게 실제로 토지 또는 건축물 소유권을 이전한 때에 조합원의 지위를 상실한다고 보아야 한다.

2. 공용환권방식과 취득·배분방식

166) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2009다81203 판결.

167) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012다110477, 110484 판결.

168) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013두19486 판결.

169) 대법원 1995. 6. 30. 선고 95다10570 판결. “도시재개발법에 의한 재개발사업에 있어서의 분양처분은...(중략)...종전의 토지 또는 건축물에 관한 소유권 등의 권리를 강제적으로 변환시키는 이른바 공용환권에 해당”한다.

170) 대법원 2009. 6. 23. 선고 2008다1132 판결.

(1) 공용환권방식과 취득·배분방식의 의의

공용환지는 토지소유자의 의사와 무관하게 강제로 토지소유자의 종전 토지 소유권을 소멸시키고 새로운 환지를 부여하는 사업시행자의 권능을 말한다. 공용환권은 토지등소유자의 의사와 무관하게 강제로 토지등소유자의 종전 토지 또는 건축물 소유권 등 권리를 새롭게 조성되는 대지 또는 건축물 소유권 등 권리로 변환하는 사업시행자의 권능을 지칭한다.¹⁷¹⁾ 공용환지가 토지 소유권만을 변환의 대상으로 하는 개념인 반면, 공용환권은 토지 소유권뿐만 아니라 건축물 소유권과 그 밖의 권리의 변환까지도 포함하는 개념이다.

반면 취득·배분방식은 사업시행자가 일정시점까지 사업에 필요한 토지 또는 건축물 소유권 등 권리를 모두 취득하고, 이후 분양대상자에게 새롭게 조성된 대지 또는 건축물을 배분하는 사업방식을 말한다.¹⁷²⁾

(2) 공용환권의 개념요소

공용환권방식은 사업기간 내내 토지 또는 건축물 소유권 등 토지등소유자의 종전 권리를 존속시키므로, 새로운 권리를 창설하기 위해서는 사업 종료시점에 종전 권리를 소멸시키는 강력한 권능인 환권처분이 필요하다. 공용환권방식으로 시행되는 사업의 근거 법률은 환권처분에 따라 토지 또는 건축물에 존재하던 종전 권리가 환권처분의 공고가 있는 날이 종료한 때에 소멸한다는 문구를 명시적으로 두고 있다.¹⁷³⁾

또한 공용환권방식에 따르면 환권처분으로 종전 권리가 새로운 권리로

171) 김종보, 앞의 책, 524~525면.

172) 김종보, 앞의 책, 526면.

173) 도시개발법 제42조 제1항. “환지 계획에서 정하여진 환지는 그 환지처분이 공고된 날의 다음 날부터 종전의 토지로 보며, 환지 계획에서 환지를 정하지 아니한 종전의 토지에 있던 권리는 그 환지처분이 공고된 날이 끝나는 때에 소멸한다.”

즉시 변동되므로 종전 권리와 새로운 권리가 시간적으로 연속되는 특징을 지닌다. 이는 사업시행자를 포함한 제3자가 중간에 종전 권리를 취득하는 과정이 없다는 의미다. 공용환권방식으로 시행되는 사업의 근거 법률은 환권계획에서 정해진 새로운 권리를 환지처분이 공고된 날의 다음 날부터 종전의 권리로 본다는 문구를 명시적으로 두고 있다.¹⁷⁴⁾ 환권처분 이전까지 소멸하지 않고 존재하던 종전 권리가 환권처분에 따라 사업시행자 등의 제3자를 거치지 않고 바로 새로운 권리로 바뀌게 된다.

(3) 도시정비법상 정비사업과 취득·배분방식

만약 도시정비법상 정비사업이 공용환권방식으로 시행된다면 이전고시에 따라 종전 토지 또는 건축물 소유권 등이 모두 소멸하기 때문에, 사업시행자가 그 이전단계에서 정비사업에 반대하는 토지등소유자의 토지 또는 건축물 소유권 등을 확보하려고 수용권을 발동하거나(주택재개발사업), 매도청구소송을 제기해야 할 이유가 없다(주택재건축사업).¹⁷⁵⁾

그러나 주택재건축사업에서 사업시행자는 조합설립에 동의하지 않은 토지등소유자에게 매도청구소송을 제기하여(도시정비법 제39조), 준공인가 신청 전까지 토지 또는 건축물 소유권 등을 확보해야 한다(도시정비법 제50조 제5항 단서). 조합설립에 동의한 토지등소유자에게는 조합정관에 따라 신탁등기를 하도록 하여 그 소유권을 확보해야 한다. 주택재개발사업에서 사업시행자는 조합설립에 동의하지 않은 조합원을 상대로 금전보상을 전제로 한 수용절차를 통해서 토지 또는 건축물 소유권 등을 확보하고(도시정비법 제38조, 제40조), 조합설립에 동의한 조합원에게는 현물보상을 조건으로 한 수용절차를 통해서 토지 또는 건축물 소유권 등을 확보한다(도시정비법 제40조 제4항).¹⁷⁶⁾ 이처럼 도시정비법은 정비사

174) 도시개발법 제42조 제1항.

175) 김종보, 「공용환권의 개념과 법적 효과」, 『행정법연구』 제31호, 2011. 12. 39면.

176) 다만 실무상 주택재개발조합설립에 동의한 조합원을 상대로 하는 수용재

업의 종류를 가리지 않고 사업시행자가 정비사업에 필요한 토지 또는 건축물 소유권 등을 확보하도록 규정하고 있다.

또한 도시정비법은 이전고시에 따라 분양대상자에게 공급하는 대지 또는 건축물은 도시개발법 제40조의 규정에 따른 환지로 본다고만 규정하고 있을 뿐, 이전고시에 따라 종전 토지 또는 건축물 소유권 등이 소멸한다는 규정을 두고 있지 않다(제54조, 제55조).¹⁷⁷⁾ 도시정비법상 환지의 제 조항은 단지 조합원의 토지 또는 건축물 등 출자행위에 양도소득세 등을 면제¹⁷⁸⁾하려는 의도를 가진 조항에 불과하다.

도시정비법 제55조 제1항¹⁷⁹⁾은 종전 토지 또는 건축물 소유권과 새로운 대지 또는 건축물 소유권이 실질적으로 동일하다는 점을 전제로 한 조항이고, 정비조합이 사업에 필요한 토지소유권 등을 모두 취득해야 한다면 관리처분계획인가라는 행정처분의 형태로 이를 통제할 필요가 없으므로, 도시정비법에서 주택재건축사업은 공용환권방식으로 시행되고 있다는 견해가 있다.¹⁸⁰⁾ 그러나 공용환권방식에 따르더라도 종전 권리는 완전히 소멸하고 새로운 권리가 창설되므로 종전 권리와 새로운 권리는 결코 동일할 수가 없고, 종전 소유권에 근거한 여러 가지 물권이 새로운 소유권으로 이전하는 문제는 단지 입법정책의 문제일 뿐이다. 또한 관리

결절차는 진행되지 않고, 사업시행자는 토지 또는 건축물 소유권을 사업시행자 앞으로 이전하지 않은 채 종전 건축물을 철거하고 새로운 대지 또는 건축물을 조성하고 있다.

177) 반면 도시개발법은 환지처분의 법적효과를 명시적으로 규정하고 있다. “환지 계획에서 정하여진 환지는 그 환지처분이 공고된 날의 다음 날부터 종전의 토지로 보며, 환지 계획에서 환지를 정하지 아니한 종전의 토지에 있던 권리는 그 환지처분이 공고된 날이 끝나는 때에 소멸한다”(제42조 제1항)

178) 소득세법 제88조 제1호 가목.

179) “대지 또는 건축물을 분양받을 자에게 제54조 제2항의 규정에 의하여 소유권을 이전하는 경우 종전의 토지 또는 건축물에 설정된 지상권·전세권·저당권·임차권·가등기담보권·가압류 등 등기된 권리 및 주택임대차보호법 제3조 제1항의 요건을 갖춘 임차권은 소유권을 이전받은 대지 또는 건축물에 설정된 것으로 본다”

180) 정기상, 앞의 논문, 258면.

처분계획인가는 독립한 별개의 처분이 아니라 관리처분계획의 계획확정 행위에 불과하므로 관리처분계획인가가 별도의 행정처분이라는 점을 전제로 하는 주장은 타당하지 않다.¹⁸¹⁾

3. 현금청산대상자의 조합원 지위

대법원은 현금청산대상자가 조합원의 지위를 상실할 뿐만 아니라, 반대로 어떠한 원인으로든 조합원이 그 지위를 상실하면 현금청산대상자가 된다고 보았다.¹⁸²⁾ 도시정비법 제47조 제1항은 이전고시 이전에 확정적으로 현금청산금을 지급하도록 하였고, 현금청산대상자는 정비조합의 운영에 관심이 없다는 이유로 대법원의 입장에 동조하는 견해도 있다.¹⁸³⁾

앞서 검토한 대로, 대법원의 입장은 정비사업이 공용환권방식으로 시행된다는 인식을 전제로 하고 있다. 그러나 정비사업은 취득·배분방식으로 시행되므로 현금청산대상자가 실제로 사업시행자에게 종전 권리를 이전한 시점에 조합원의 지위를 상실한다고 보아야 한다. 이러한 해석은 조합원의 자격을 토지등소유자로 규정하고 있는 도시정비법 제19조 제1항에도 부합한다.

현금청산대상자는 현금청산금 수령과 동시에 토지 또는 건축물 소유권 등을 이전할 의무를 부담할 뿐이고, 조합원 지위를 이용하여 조합원 총회 등에서 자신의 이익을 주장할 수 있으므로, 현금청산대상자가 조합원의 지위를 유지하더라도 결코 불리한 처지에 놓인다고 볼 수 없다.

이처럼 현금청산대상자는 현금청산사유가 발생한 시점이 아니라, 실제

181) 김종보, 「계획확정행위와 행정행위의 구별」, 『행정법연구』 제7호, 행정법 이론과실무학회, 2001. 9. 289면.

182) 성중탁, 「도시정비사업에서 현금청산의 몇 가지 법적 쟁점」, 『법학논고』 제50집, 2015. 5. 48면.

183) 이우재, 앞의 책(도시 및 주거환경정비법 下), 228면.

로 정비조합에 토지 또는 건축물 소유권 등을 이전하는 시점에 조합원 지위를 상실한다고 보아야 한다.

Ⅲ. 현금청산대상자의 소유권 이전방법

정비사업이 공용환권방식으로 시행된다면 현금청산사유의 발생시점에 현금청산대상자의 종전 토지 또는 건축물 소유권 등이 소멸하므로, 사업시행자가 현금청산대상자에게서 별도로 종전 토지 또는 건축물 소유권 등을 이전받아야 할 필요가 없다. 따라서 사업시행자가 현금청산대상자에게서 토지 또는 건축물 소유권 등을 이전받는 방법은 정비사업이 취득·배분방식으로 시행될 때 비로소 문제된다.

1. 출자의무 이행 전의 이전방법

정비조합이 설립된 이후, 정비조합은 사업시행계획을 수립하여 시장·군수의 인가를 받는다(도시정비법 제28조). 사업시행계획은 정비사업을 시행하기 위해 필요한 일체의 사업계획을 의미한다. 사업시행계획에는 건축물의 높이와 용적률 등 건축계획, 정비기반시설과 공동이용시설의 설치계획 등이 포함된다(도시정비법 제30조 제2호, 제6호). 조합원의 출자의무는 조합설립에 동의하여 정비조합이 설립되었을 때 성립하고, 사업시행계획인가로 구체화된다고 볼 수 있다. 다만, 종전 건축물의 철거는 관리처분계획인가 고시 이후에 이루어지므로, 관리처분계획인가가 고시될 때까지는 조합원이 정비조합에게 종전 토지 또는 건축물 소유권을 이전하지 않은 경우가 대부분이다.

조합원이 현금청산대상자가 되었더라도 종전의 조합설립 동의가 당연히 그 효력을 상실하는 것은 아니다. 주택재건축사업에서 현금청산대상자는 여전히 조합정관에 따라 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 이행할 의무 등을 부담한다.¹⁸⁴⁾ 그러므로 현금청산대상자는 조합정관

에 따라 신탁등기를 할 의무가 있다. 다만 이 때 조합원은 현금청산을 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 이행할 의무도 함께 부담한다고 보아야 한다. 주택재개발사업에서 현금청산대상자 역시 현금청산을 원인으로 하는 소유권이전등기를 마칠 의무가 있다.¹⁸⁵⁾

2. 출자의무 이행 후의 이전방법

취득·배분방식으로 시행되는 정비사업에서 정비조합에게 종전 토지 또는 건축물의 소유권이 이전되어 조합원의 출자의무가 이행된 이상, 현금청산을 원인으로 하여 별도의 소유권이전등기절차를 진행하는 것은 무익한 절차의 반복에 불과하다.

대법원은 정비사업이 공용환권방식으로 시행된다고 인식하면서도 조합원이 이미 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기를 마친 경우에는 현금청산금을 지급받기 위해서 별도로 현금청산을 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 부담하지 아니한다는 입장이다.¹⁸⁶⁾ 그 결론은 타당하지만, 정비사업이 공용환권방식으로 시행된다고 보면서도 정비조합이 조합원으로부터 토지 또는 건축물의 소유권을 이전받아야 한다는 논리는 그 자체로 모순이다.

184) 김중보, 앞의 논문(공용환권의 개념과 법적효과), 45~46면.

185) 현금청산금액을 협의로 정하지 못한 경우, 주택재개발사업의 경우에는 수용절차가 진행되므로 현금청산대상자는 손실보상금 지급 또는 공탁금 수령과 동시에 수용재결을 원인으로 하여 소유권이전등기가 마칠 의무가 있다. 주택재건축사업에서는 매도청구소송이 진행되므로 현금청산대상자는 매매를 원인으로 하여 소유권이전등기를 마칠 의무가 있다.

186) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다37780 판결, 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다19204 판결.

제5장 도시정비법상 현금청산의 방법

제 1 절 정비조합의 현금청산 방법

I. 현금청산금액의 산정

1. 현금청산금액의 산정방법

(1) 정비조합의 법적성질과 현금청산금액

현금청산은 조합원이 정비사업에서 이탈하면서 자신이 출자한 토지 또는 건축물 소유권 등에 대응하는 출자지분을 환급받는 절차다. 이는 조합원에게 토지 또는 건축물을 공급하는 법률관계로서 조합의 성질이 적용되는 영역이다. 그러므로 도시정비법상 현금청산 조항이 규율하고 있지 않은 부분은 민법상 조합과 관련된 규정, 특히 조합원의 손익배분과 탈퇴한 조합원의 지분계산 규정이 적용되어야 한다.

민법상 조합의 조합원은 손익분배의 비율을 정하지 않은 때에는 조합 업무 때문에 받은 이익과 손실을 출자가액에 비례하여 분담해야 한다(민법 제711조 제1항). 이익 또는 손실의 분배비율을 정한 때에는 그 비율은 이익과 손실에 공통된다고 추정한다(민법 제711조 제2항). 조합에서 탈퇴한 조합원은 탈퇴당시의 조합재산을 기준으로 지분을 계산해야 한다(민법 제719조 제1항). 탈퇴한 조합원의 지분은 그 출자의 종류에 상관없이 금전으로 반환할 수 있다(민법 제719조 제2항).

조합원이 탈퇴해도 조합은 해산되지 않고 동일성을 유지하면서 존속하므로, 탈퇴 조합원은 탈퇴 당시 조합재산의 영업가격을 기준으로 자신의 지분을 계산해야 한다. 조합재산의 계산 결과, 조합자산이 부채를 초과할

때에는 조합은 탈퇴 조합원의 지분에 따라 금전으로 그 금액을 반환해야 하고, 조합의 부채가 자산을 초과할 때에는 조합원이 손실부담의 비율에 따라 자기의 부담부분을 금전으로 납입해야 한다. 조합원의 지분비율은 ‘조합 내부의 손익분배 비율’을 기준으로 계산해야 하나, 당사자가 손익분배의 비율을 정하지 않은 때에는 민법 제711조에 따라 각 조합원의 출자가액에 비례해서 이를 정해야 한다.¹⁸⁷⁾

즉, 민법상 조합의 탈퇴 조합원은 탈퇴 당시에 조합이 보유하고 있는 자산과 부담하고 있는 부채를 모두 계산하여 그 결과에 따라 이익을 분배받거나 손실을 부담해야 한다. 형식은 사단이지만 실질은 조합인 상법상 합명회사, 합자회사¹⁸⁸⁾, 유한책임회사 또한 퇴사 당시 회사의 재산상태에 따라 퇴사하는 사원의 환급금액을 정하도록 하고 있다(상법 제195조, 제221조, 제269조, 제287조의2 제2항).

다만, 현금청산사유가 발생한 때를 조합재산의 평가시점으로 삼는다면 현금청산사유에 따라 조합재산의 평가시점이 달라져서 불합리하다. 따라서 분양신청 현황을 반영하여 현금청산대상자가 확정되는 관리처분계획인가 시점을 조합재산의 평가시점으로 삼는 것이 타당하다.

대법원은 주택재건축사업에서 조합원이 현물출자의무를 이행한 후 분양신청을 하지 않거나 철회하여 현금청산대상자가 된 경우 출자한 현물의 반환은 인정되지 않고 현금으로 청산해야 한다고 판단하여,¹⁸⁹⁾ 조합관계에서 탈퇴할 당시의 조합재산에 따라 현금청산금액을 산정할 수 있는 여지를 남겼다.

(2) 취득·배분방식의 구조와 현금청산금액

187) 대법원 2008. 9. 25. 선고 2008다41529 판결.

188) 무한책임사원에 한한다.

189) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012다110477, 110484 판결.

정비사업이 공용환권방식으로 시행된다는 대법원의 오해는 현금청산금액 산정방법에도 영향을 미친 것으로 보인다. 대법원은 공용환권방식으로 시행되는 사업구조를 현금청산절차에도 그대로 적용하여, 현금청산사유가 발생하면 현금청산대상자의 소유권이 관념적으로 정비조합의 소유권으로 변환된다고 인식하고 있다고 추측된다. 대법원은 이런 인식을 바탕으로 주택재건축사업에서 현금청산금액은 주택재건축사업 때문에 발생할 것으로 예상되는 개발이익이 포함된 가격, 즉 현금청산사유 발생 당시의 시가를 의미한다고 판단하였다.¹⁹⁰⁾

그러나 정비사업은 취득·배분방식으로 시행되므로, 현금청산사유가 발생한 시점에 현금청산대상자의 토지 또는 건축물 소유권 등이 정비조합의 소유권 등으로 관념적으로 변환된다고 볼 수는 없다. 현금청산대상자는 조합설립에 동의한 때부터 출자의무를 부담하고, 사업시행계획인가된 때에는 그 출자의무가 구체화된다. 도시정비법은 사업시행자가 관리처분계획을 수립하면서 종전 토지 또는 건축물의 가격을 사업시행인가의 고시가 있는 날을 기준시점으로 평가하도록 하고 있는데(제48조 제1항 제4호), 이 조항은 사업시행계획인가가 있는 때에 조합원의 출자의무가 구체화된다는 사실을 전제로 한다고 해석된다.

즉, 종전 토지 또는 건축물 소유권 등은 최소한 사업시행계획인가 시점에는 출자의무가 구체화되므로, 현금청산사유가 발생하였을 때 비로소 종전 토지 또는 건축물 소유권 등이 사업시행자의 소유권 등으로 관념적으로 변환된다고 보는 대법원의 인식은 타당하지 않다. 조합원은 조합설립에 동의한 때, 최소한 사업시행계획인가 시점에 종전 토지 또는 건축물 소유권 등을 정비조합에 이전해야 할 의무를 부담하므로, 현금청산금액의 산정요소인 종전 토지 또는 건축물 등의 가격은 사업시행계획인가 시점을 기준으로 평가해야 한다.

190) 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다38172 판결.

(3) 청산금 산정방법과 현금청산금액

1) 분양대상자의 청산금 산정방법

분양대상자의 청산금을 산정하려면 그 조합원이 종전에 소유하고 있던 토지 또는 건축물의 가격과 정비사업으로 공급받은 대지 또는 건축물의 가격을 산정해야 한다. 도시정비법 시행령은 주택재개발사업에서 시장·군수가 선정하고 계약한 2인 이상의 감정평가업자가 평가한 금액을 산술평균하여 그 가격을 산정하도록 하고 있다(도시정비법 제57조 제3항, 같은 법 시행령 제57조 제1항 제1호, 같은 조 제2항 제1호, 도시정비법 제48조 제5항 제1호 가목). 주택재건축사업의 경우에는 시장·군수가 선정·계약한 1인 이상의 감정평가업자와 조합원 총회의결로 정하여 선정·계약한 1인 이상의 감정평가업자가 평가한 금액을 산술평균하여 그 가격을 산정하도록 하고 있다(도시정비법 제57조 제3항, 같은 법 시행령 제57조 제1항 제2호, 같은 조 제2항 제2호, 도시정비법 제48조 제5항 제1호 나목). 이처럼 도시정비법령은 청산금액을 산정할 때 종전 토지 또는 건축물의 가격과 공급받은 대지 또는 건축물의 가격을 시가로 감정하도록 하고 있다. 다만 앞서 살펴본 대로, 종전 토지 또는 건축물은 사업시행계획인가가 있을 때를, 공급받은 대지 또는 건축물은 관리처분계획인가가 있을 때를 그 평가기준시점으로 보아야 한다.

도시정비법 시행령은 새로운 대지 또는 건축물의 가격에 정비사업의 조사·측량·설계·감리에 소요된 비용, 공사비, 정비기반시설과 공동이용시설의 설치에 소요된 비용 등을 가산하게 하고 있다(제57조 제3항). 즉, 단순히 조합원이 공급받은 대지 또는 건축물의 가격과 종전 토지 또는 건축물 가격의 차액을 청산금액으로 보는 것이 아니라, 공사비 등 정비사업에 소요된 모든 비용을 고려하여 청산금을 산정해야 한다. 정비사업에 소요된 공사비 등 모든 비용을 공제하고도 돌려줄 금액이 남아 있을 경우에는 분양대상자에게 청산금을 지급하고(지급청산), 그렇지 않은 경

우에는 오히려 분양대상자에게서 청산금을 징수하게 된다(징수청산).

2) 현금청산금과 청산금 산정방법의 비교

분양대상자와 현금청산대상자는 모두 조합설립에 동의한 이후 일정한 시점까지 정비사업을 함께 추진한다는 공통점이 있다. 분양대상자는 조합원 분담금을 납부하면서 정비사업에 소요된 비용을 전부 부담한다. 반면 대법원의 입장에 따르면 현금청산대상자는 정비사업비를 전혀 부담하지 않는다. 현금청산대상자의 대부분은 대지 또는 건축물 가격의 상승폭 둔화 또는 하락 때문에 예상했던 만큼의 수익을 얻을 수 없게 되자, 대지 또는 건축물을 포기하고 현금청산금을 받고 사업에서 이탈하려는 조합원이다. 따라서 정비사업비를 반영하지 않고 현금청산 당시의 토지 또는 건축물 시가를 기준으로 현금청산금액을 산정한다면 분양대상자와 비교할 때 형평의 원칙에 위배된다.¹⁹¹⁾ 또한 현금청산금은 이전고시 이전에 지급하는 청산금으로서 청산금과 본질적으로 다르지 않으므로, 현금청산금과 청산금의 산정방법에 차이를 둘 이유가 없다.

도시정비법은 분양대상자에게 부과할 청산금을 산정하는 경우 반드시 2인 이상의 감정평가업자가 평가한 금액을 산술평균하여 종전 토지 또는 건축물과 공급받은 대지 또는 건축물의 가격을 산정하도록 하고 있다(제 48조). 반면 도시정비법 시행령은 현금청산대상자에게 지급할 현금청산금액을 산정하는 경우 2인 이상의 감정평가업자가 평가한 금액을 산술평균하여 산정한 금액을 단지 협의를 위한 기준으로 사용하도록 하고 있다(제48조). 이러한 차이는 이전고시 이후 청산절차에서는 정비사업이 완료되어 정비사업비를 산정하기가 용이하지만, 이전고시 이전의 현금청산절차에서는 아직 정비사업이 완료되지 않아 구체적인 정비사업비를 산정하기 어렵다는 점을 고려한 것이다. 즉, 도시정비법 시행령은 현금청산금액을 산정할 때에도 정비사업비를 반영해야 한다는 전제에서, 사업시행

191) 성중탁, 앞의 논문, 60면.

자와 현금청산대상자가 협의를 통해서 현금청산시점에 산정한 정비사업비의 불확실성을 보완하도록 했다고 볼 수 있다. 따라서 현금청산금액을 산정할 때는 정비사업비를 고려해서 현금청산금액을 산정해야 한다.

(4) 비례율과 현금청산금액

주택재개발사업에서는 협의로 현금청산금액을 정하지 못하면 수용절차가 진행되고, 개발이익을 배제한 수용 당시의 공시지가에 따라 손실보상금이 산정된다(토지보상법 제70조 제1항). 반면 주택재건축사업에서 현금청산금액은 현금청산 당시 종전 자산의 시가 즉, 토지와 건축물의 객관적 거래가격으로서 주택재건축사업 때문에 발생할 것으로 예상되는 개발이익이 포함된 가격을 의미한다.¹⁹²⁾

감정평가협회에서 만든 ‘주택재건축·재개발사업 등에 관한 평가지침’은 주택재개발사업에서 현금청산금액 산정은 기준시점 당시의 현황을 기준으로 하되 토지보상평가지침을 준용하여 감정평가를 실시하고, 주택재건축사업에서는 기준시점 당시의 현황을 기준으로 하되, 현실화·구체화하지 않은 개발이익이나 조합원의 비용부담을 전제로 한 개발이익은 배제하여 평가하도록 하고 있다(제15조).

다만 대법원은 근래 들어 현금청산금액을 반드시 시가감정에 따라 산정해야 하는 것은 아니고 다른 적절한 방법으로 평가할 수 있다고 하면서, 현금청산 당시의 종전 자산 평가금액에 당시에 산정된 비례율을 곱하여 산출한 금액 즉, 권리가액을 현금청산금액으로 볼 수 있다고 판단하였다.¹⁹³⁾¹⁹⁴⁾

192) 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다21549, 21556, 21563 판결, 대법원 1996. 1. 23. 선고 95다38172 판결.

193) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다47469, 47476, 47483 판결.

194) 구 중소기업의 구조개선과 재래시장 활성화를 위한 특별조치법에 따라 설립된 시장재건축조합과 관련된 사안이지만, 관리처분계획에 따라 도시정비법 제47조가 적용되어 현금청산금액이 산정되었으므로, 도시정비법 제47조의 해

비례율은 정비사업이 완료되었을 때 대지 또는 건축물의 전체 가격에서 정비사업비 총액을 뺀 금액을 종전 토지 또는 건축물의 총평가액으로 나눈 비율로서, 정비사업에 따른 개발이익률을 의미한다. 권리가액은 조합원 각자가 보유하고 있는 토지 또는 건축물의 평가액에 비례율을 곱한 값으로서, 정비사업에 참여하는 조합원이 정비사업과정에서 주장할 수 있는 종전 토지 또는 건축물의 가치를 평가한 금액이다.

$\text{비례율} = (\text{총 분양수입} - \text{총 사업비용}) / \text{종전자산 총액}$ $\text{조합원 권리가액} = \text{조합원의 종전자산 가액} \times \text{비례율}$

비례율은 그 개념 자체에 이미 정비사업비를 반영하고 있다. 대법원이 현금청산 당시의 종전 토지 또는 건축물 가액에 비례율을 적용하여 현금청산금액을 산정한 것은, 비록 예외적이지만 현금청산대상자에게도 정비사업비를 부담하게 해야 한다는 인식을 드러냈다고 해석할 수 있다. 이러한 대법원의 태도는 현금청산대상자에게 정비사업비를 부담시킬 수 있는 가능성을 넓힌다는 측면에서 바람직하다.

다만, 정비조합은 전문성이 부족하기 때문에 주로 시공사가 비례율을 산정하는데, 그 과정에서 객관성이 보장되지 않아 분양대상자가 부담해야 할 조합원 분담금이나 현금청산대상자가 부담해야 할 정비사업비가 시공사에게 지나치게 유리하게 산정될 위험성이 있다. 그러므로 비례율이 공정하게 산정될 수 있도록 그 과정을 객관적으로 관리·감독할 수 있는 절차를 도입할 필요가 있다.

(5) 소결

현금청산은 조합관계에서 탈퇴하는 조합원의 지분계산으로 볼 수 있다. 정비사업은 취득·배분방식으로 시행되므로 조합원의 종전 토지 또는 건축물 소유권이 현금청산사유가 발생한 시점에 관념적으로 정비조합의

석과 관련된 판례로 볼 수 있다.

소유권으로 변환된다는 인식은 옳지 않다. 또한 현금청산금은 사전 청산금의 성질을 가지므로 청산금과 형평에 반하지 않도록 산정해야 한다. 따라서 종전 토지 또는 건축물의 가격에서 정비사업비를 공제하여 현금청산금액을 산정해야 한다.

다만 주택재개발사업에서 조합설립에 동의하지 않은 조합원이 분양신청을 하지 않거나 철회하여 현금청산대상자가 된 경우에는, 그 조합원의 토지 또는 건축물은 사실상 강제로 수용되었다고 볼 수 있다. 이러한 경우에도 현금청산금액을 산정하면서 조합원에게 정비사업비를 부담하게 한다면 이는 너무 지나치다고 볼 여지가 있다. 또한 조합설립에 동의하고 분양신청도 했지만 과소토지를 소유하였다는 등의 이유로 관리처분계획에 따라 분양대상에서 제외되는 조합원 역시 자신의 의사와 무관하게 정비사업에서 배제된다. 이러한 조합원에게까지 현금청산금액을 지급하면서 정비사업비를 부담하게 하는 것 역시 적절하지 않을 여지가 있다.

2. 현금청산금액의 산정요건

(1) 현금청산금 지급의무의 발생시기

도시정비법은 2002년 제정 당시 사업시행자에게 ‘그 해당하게 된 날부터 150일 이내’에 현금으로 청산해야 할 의무를 규정하였을 뿐, 청산금 지급의무의 발생시기를 명확하게 규정하지 않았으므로 그 발생시기는 현금청산사유에 따라 달라질 수밖에 없었다. 대법원은 분양신청을 하지 않았거나 분양신청기간의 종료 이전에 분양신청을 철회한 조합원에게 청산금 지급의무가 발생하는 시기는 ‘분양신청기간의 종료일 다음날’이고, 분양신청기간의 종료 후에 분양계약을 체결하지 않은 조합원에게 청산금 지급의무가 발생하는 시기는 ‘관리처분계획에서 정한 분양계약체결기간의 종료일 다음날’이라고 판단하였다.¹⁹⁵⁾

195) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다37780 판결.

도시정비법은 2012년 개정으로 분양신청을 하지 않거나 분양신청기간 종료 이전에 분양신청을 철회한 조합원에게는 분양신청기간 종료일의 다음날로부터, 관리처분계획에 따라 분양대상에서 제외된 조합원에게는 관리처분계획인가를 받은 날의 다음날로부터 각각 150일 이내에 현금으로 청산하도록 하였다. 이는 기존 대법원의 입장을 받아들인 것으로 보인다.

이후 도시정비법은 2013년 개정으로 ‘관리처분계획 인가를 받은 날의 다음 날로부터 90일 이내’에 청산의무를 이행하도록 하여, 현금청산사유에 관계없이 현금청산금 지급시기를 일원화하였다. 도시정비법은 관리처분계획에 현금청산대상자별 종전 토지·건축물 또는 그 밖의 권리의 명세와 이에 대한 청산방법을 포함하도록 하여, 관리처분계획이 인가될 때 현금청산대상자가 정해지도록 규정하고 있는데(도시정비법 제48조 제1항 제8호, 도시정비법 시행령 제50조 제1호), 이러한 관리처분계획의 특성이 2013년 개정에 반영된 것이다.

도시정비법은 사업시행자에게 현금청산사유가 발생한 이후 일정한 기간에 현금청산을 해야 하는 의무를 부과하고 있으므로, 현금청산사유의 발생시기를 곧바로 현금청산금 지급의무의 발생시기로 보는 대법원의 태도는 타당하지 않다. 분양신청을 하지 않거나 분양신청을 철회한 조합원, 관리처분계획에 따라 분양을 받지 않는 조합원은 관리처분계획이 인가된 날 확정되고, 사업시행자는 그때부터 현금청산대상자와 현금청산금액을 협의하기 시작한다. 대법원처럼 현금청산사유의 발생시기를 현금청산금 지급의무의 발생시기로 본다면, 사업시행자는 현금청산금액을 산정하는 협의를 시작하기도 전에 이미 현금청산금 지급의무를 부담하게 된다. 이는 현금청산금액 산정 과정에서 사업시행자에게 일정한 협의기간을 보장하도록 하고 있는 도시정비법에 위배된다.

개정 도시정비법은 사업시행자에게 관리처분계획이 인가·고시된 다음 날부터 90일 이내에 손실보상의 협의를 시작하도록 하여, 현금청산금 ‘지

금의무’가 아니라 ‘협의개시의무’를 규정하고 있다(제73조 제1항). 이로써 사업시행자의 현금청산금 지급의무가 지나치게 이른 시점에 발생하는 문제가 해결되었다.

(2) 현금청산금액 산정의 기준시점

도시정비법은 단지 현금청산사유와 사업시행자의 현금청산의무만을 규정하고 있고(제47조), 도시정비법 시행령 역시 현금청산금액은 사업시행자와 현금청산대상자가 협의하여 산정한다는 원칙만을 규정하고 있다(제48조). 그러므로 현금청산금액 산정의 기준시점은 원칙적으로 사업시행자와 현금청산대상자의 협의에 따라 정해진다고 볼 수 있다.

대법원은 현금청산의 목적물인 토지·건축물 또는 그 밖의 권리의 가액을 평가하는 기준시점은 청산금 지급의무가 발생하는 시기, 즉 청산의무 발생일이라고 판단하고 있다.¹⁹⁶⁾ 이는 대법원이 조합원이 현금청산대상자가 되는 순간 조합원으로서의 지위를 상실한다고 보기 때문이다. 그러나 이러한 대법원의 판단은 도시정비법의 명문 규정에 반할 뿐만 아니라(제19조 제1항),¹⁹⁷⁾ 현금청산대상자에게 지급할 현금청산금을 ‘협의’하여 산정하도록 하고 있는 도시정비법 시행령의 규정을 무력화한다. 현금청산금액 산정 기준시점을 현금청산의무 발생일로 본다면 현금청산사유가 발생한 이후에 시작되는 당사자의 ‘협의’는 현금청산사유가 발생한 시점에 이미 산정된 현금청산금액을 확인하는 과정에 불과하여 실질적인 협의를 불가능하게 만들기 때문이다.¹⁹⁸⁾

도시정비법은 관리처분계획에 ‘분양대상자별 종전의 토지 또는 건축물의 명세 및 사업시행인가의 고시가 있는 날을 기준으로 한 가격’(제48조

196) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010다47469 판결.

197) 김중보, 앞의 책, 487면.

198) 서울대학교 법학연구소 건설법센터, 『주택정비사업 장기화에 따른 자산평가제도 개선방안』, 2015. 3. 73면.

제1항 제4호)과 ‘정비사업비의 추산액 및 그에 따른 조합원 부담규모 및 부담시기’(제48조 제1항 제5호)를 포함하도록 하고 있다. 사업시행인가 고시일을 기준으로 종전 토지 또는 건축물의 가격을 산정하는 이유는 사업시행인가 고시일에 조합원의 출자의무가 구체화되었다고 볼 수 있기 때문이다. 실무상 청산금을 산정할 때도 사업시행인가 고시일을 기준으로 종전 토지 또는 건축물의 가격을 산정하고 있다.¹⁹⁹⁾

이처럼 관리처분계획인가 고시일에 현금청산대상자가 확정되고, 현금청산대상자가 출자한 토지 또는 건축물 가격과 정비사업비 추산액 등이 정해지므로, 관리처분계획인가 고시일을 현금청산금액 산정의 기준시점으로 보는 것이 타당하다.

3. 현금청산금과 지연손해금

도시정비법은 2012년 개정으로 사업시행자가 청산의무 발생일로부터 일정한 기간에 현금청산의무를 이행하지 않으면 정관 등에 따라 지연손해금을 지급하도록 하였다(제47조 제2항). 그러므로 사업시행자가 관리처분계획인가 고시일의 다음날로부터 90일이 경과하고도 현금청산금을 지급하지 않은 경우에는 민법상 5%의 지연손해금을 부담해야 한다.

다만, 현금청산대상자가 토지 또는 건축물 소유권 등을 정비조합에게 이전하지 않는 이상, 사업시행자에게만 현금청산금 지급의무를 이행하도록 하는 것은 부당하다. 따라서 현금청산금의 지연손해금은 현금청산대상자가 종전 토지 또는 건축물 소유권 등의 이전 의무를 이행한 경우에만 발생한다고 보아야 한다. 대법원도 공평의 원칙상 토지등소유자의 토지 또는 건축물 소유권이전의무와 사업시행자의 현금청산금 지급의무가 동시이행관계에 있다고 보고 있다.²⁰⁰⁾

199) 성중탁, 앞의 논문, 55면.

200) 대법원 2015. 11. 19. 선고 2012다114776 전원합의체 판결; 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다37780 판결.

개정 도시정비법은 사업시행자가 관리처분계획이 인가·고시된 다음날부터 90일이 되는 날의 다음날부터 60일 이내에 수용재결을 신청하거나 또는 매도청구소송을 제기하지 않은 경우에 지연손해금을 지급하도록 규정하여(제72조), 현금청산절차를 지연시킨 책임이 있는 경우에만 지연손해금을 부담하도록 하였다.

II. 토지 또는 건축물의 확보

1. 부동산 소유권이전등기청구

사업시행자가 도시정비법 제47조 제1항을 근거로 현금청산대상자에게 종전 토지 또는 건축물 소유권의 이전을 청구할 수 있는지 문제인데, 이를 긍정하는 견해가 있다.²⁰¹⁾ 이 견해는 도시정비법 제47조 제1항이 반드시 현금청산사유가 발생하기 이전까지 토지 또는 건축물 소유권 등을 확보하도록 제한하고 있지 않고, 현금청산대상자의 소유권 등은 현금청산금의 반대급부에 해당한다는 점을 근거로 내세운다.

그러나 도시정비법은 ‘사업시행자’에게 ‘현금으로 청산’해야 할 의무를 부과하고 있을 뿐이므로(제47조), 이를 근거로 사업시행자가 현금청산대상자를 상대로 종전 토지 또는 건축물의 소유권이전등기를 청구할 수는 없다. 대법원 역시 주택재건축조합이 도시정비법 제47조를 근거로 현금청산대상자에게 종전 토지 또는 건축물의 소유권이전등기를 청구할 수는 없다는 입장이다.²⁰²⁾

다만, 대법원은 사업시행자가 현금청산금을 지급한 이후 공평의 원칙에 따라 현금청산대상자에게 토지 또는 건축물의 소유권이전등기를 청구할 수 있다고 보고 있다.²⁰³⁾ 그러나 이는 사업시행자가 동시이행항변으

201) 정기상, 앞의 논문, 263~264면.

202) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다73215 판결.

203) 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다37780 판결.

로 토지 또는 건축물 소유권이전등기를 청구할 수 있다는 의미이므로, 사업시행자에게 독자적인 소유권이전등기청구권이 인정되는지는 명확하지 않다.

정비사업에서 현금청산대상자는 현금청산을 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 부담하고, 주택재건축사업에서는 조합정관에 따라 신탁을 원인으로 하는 소유권이전등기절차를 이행할 의무 등을 함께 부담한다.²⁰⁴⁾ 현금청산금액을 협의로 정하지 못한 경우에는 주택재건축사업에서는 매도청구소송이 진행되므로²⁰⁵⁾, 현금청산대상자는 매매를 원인으로 하여 소유권이전등기를 마칠 의무가 있다. 주택재개발사업의 경우에는 토지보상법에 따른 수용절차가 진행되므로²⁰⁶⁾, 현금청산대상자는 손실보상금 지급 또는 공탁금 수령과 동시에 수용재결을 원인으로 하여 소유권이전등기가 마칠 의무가 있다.

2. 부동산 인도청구

(1) 부동산 사용·수익 정지의 의의

관리처분계획인가가 있는 때에는 종전 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자 등 권리자는 이전고시가 있는 날까지 종전 토지 또는 건축물을 사용하거나 수익할 수 없다(도시정비법 제49조 제6항 본문). 다만, 사업시행자의 동의를 받거나 도시정비법 제40조와 토지보상법에 따른 손실보상이 완료되지 않은 권리자는 종전 토지 또는 건축물을 계속 사용하거나 수익할 수 있다(도시정비법 제49조 제6항 단서).

대법원은 도시정비법 제49조 제6항에 따라 주택재개발사업의 사업시행자가 현금청산대상자에게 토지 또는 건축물의 인도를 구할 수 있다고 해

204) 김중보, 앞의 논문(공용환권의 개념과 법적효과), 45~46면.

205) 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다73215 판결.

206) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006두2954 판결.

석한다.²⁰⁷⁾ 도시정비법 제49조 제6항의 토지 또는 건축물 인도청구권과 협의 또는 수용절차에 근거한 인도청구권은 선택적 관계에 있다.²⁰⁸⁾ 그러나 도시정비법 제49조 제6항은 종전 토지 또는 건축물을 “사용하거나 수익할 수 없다”라고 규정하고 있으므로, 단지 토지 또는 건축물의 사용·수익을 금지할 뿐이고 토지 또는 건축물을 인도할 의무까지 부여하고 있지는 않다고 해석할 여지도 있다.

(2) 부동산 사용·수익 정지조항의 연혁

토지구획정리사업은 환지처분 전까지 종전 토지 소유권을 존속시키는 방법으로 시행되었다. 토지구획정리사업의 시작부터 환지처분이 이루어질 때까지는 오랜 기간이 필요하였으므로, 환지처분이 이루어질 때까지 종전 토지와 환지를 사용·수익하지 못한다면 환지대상자에게 지나치게 과도한 부담이 되었다. 이에 구 토지구획사업정리법은 환지에정지가 지정되면 환지대상자가 환지에정지에서 종전 토지와 동일한 내용의 권리를 행사할 수 있도록 하는 대신, 종전 토지를 사용하거나 수익할 수 없도록 하였다(제57조 제1항, 제58조 제1항).

부동산 사용·수익 정지조항은 구 도시재개발법으로 이어졌는데(제41조 제7항), 구 도시재개발법에는 1976년 제정 당시 사업시행자의 건축물 철거요구권(제36조 제1항)과 손실보상조항(제37조 제1항)이 별도로 규정되어 있었다. 구 도시재개발법은 재개발사업에 반대하는 토지 또는 건축물 소유자에게 철거를 요구하고 손실보상절차를 진행하도록 하였으므로, 관리처분계획인가에 따라 사용·수익이 정지되는 사람은 원칙적으로 재개발 사업에 찬성하는 조합원이었다.

구 도시재개발법은 1999. 3. 31. 규제완화를 이유로 건축물 철거요구권

207) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다91364 판결.

208) 정동진, 「재개발조합, 재건축조합의 도시정비법 제49조 제6항에 따른 부동산 인도청구의 제문제」, 『관례연구』 제27호, 부산관례연구회, 2016. 2. 239면.

과 손실보상조항을 삭제하였다. 이에 따라 사용·수익 정지조항은 재개발 사업을 반대하는 조합원의 사용·수익도 정지시키는 방향으로 적용범위가 확대되었다.²⁰⁹⁾ 이후 도시정비법이 제정되면서 주택재개발사업뿐만 아니라 주택재건축사업에도 관리처분계획인가의 고시가 있으면 토지 또는 건축물의 사용·수익을 정지시킬 수 있게 되었다.

(3) 부동산 사용·수익 정지조항의 적용범위

도시정비법 제49조 제6항은 그 문언상 적용범위를 조합원인 분양대상자로 제한하지 않고 있으므로, 현금청산대상자, 세입자에게도 도시정비법 제49조 제6항이 적용된다. 헌법재판소 역시 도시정비법 제49조 제6항이 세입자에게도 적용된다는 입장이다.²¹⁰⁾

(4) 부동산 사용·수익 정지조항의 적용제한

2009. 5. 27. 신설된 도시정비법 제49조 제6항 단서는 권리자를 상대로 하는 손실보상이 완료된 이후에만 정비구역 안에 있는 토지 또는 건축물의 사용·수익이 정지된다고 규정하고 있다. 대법원은 도시정비법 제49조 제6항 단서가 신설되기 이전에도 협의 또는 수용절차를 거친 경우에만 도시정비법 제49조 제6항에 따른 인도청구가 가능하다는 입장이었다.²¹¹⁾

도시정비법 제49조 제6항 단서는 종전 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자가 주거 또는 영업공간을 인도하기 이전에 손실보상을 받을 수 있도록 법적으로 보장하여, 재산권 손실을 보전하고 안정적으로 주거를 이전할 수 있게 하려는 목적을 가지고 있다. 따라서 종전 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자는 도시정

209) 김중보, 「재개발사업의 철거와 세입자보상」, 『행정법연구』 제23호, 행정법이론실무학회, 2009. 4. 125면.

210) 헌재 2014. 7. 24. 선고 2012헌마662 결정.

211) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다91364 판결.

비법 제40조와 토지보상법에 따른 손실보상이 완료되기 전까지는 관리처 분계확인가 고시가 있더라도 건축물을 계속 사용·수익할 수 있고, 사업 시행자는 사용·수익 정지를 이유로 부동산 인도청구를 할 수 없다.²¹²⁾ 이는 도시정비법 제49조 제6항에 따른 부동산 인도청구권을 행사하기 위해서는 수용절차를 진행해야 한다는 의미다.

사업시행자와 조합원이 협의하여 현금청산금액을 정하면, 사업시행자의 현금청산금 지급의무와 현금청산대상자의 토지 또는 건축물 인도의무는 특별한 사정이 없는 한 동시이행의 관계에 있다. 현금청산금액을 협의로 정하지 못해서 수용절차로 이행된 경우에는 부동산 인도에 앞서 영업손실보상금 등의 지급절차가 이루어져야 한다.²¹³⁾

주택재건축사업의 경우에도 도시정비법 제49조 제6항 단서가 적용되는지 문제인데, 도시정비법 제49조 제6항 단서가 말하는 손실보상은 도시정비법 제40조 제1항에 따른 토지 또는 건축물 소유권과 그 밖의 권리의 수용·사용을 전제로 한 것이므로, 주택재건축사업에서는 도시정비법 제40조 제1항, 제49조 제6항 또는 토지보상법상 손실규정이 직접 적용될 여지는 없다는 견해가 있다.²¹⁴⁾ 대법원도 동일한 입장이다.²¹⁵⁾

그러나 집합건물법상의 매도청구권은 주택재건축사업을 원활하게 진행하기 위해서 사업에 참여하지 않는 사람의 의사와 다르게 그 재산권을 박탈할 수 있도록 특별히 규정한 권한으로서, 그 실질은 헌법 제23조 제3항의 공용수용과 같다.²¹⁶⁾ 주택재개발사업과 달리 주택재건축사업에서만 정당한 보상을 배제할 수는 없으므로, 도시정비법 제49조 제6항 단서

212) 헌재 2014. 7. 24. 선고 2012헌마662 결정.

213) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008다91364 판결, 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다28394 판결.

214) 정기상, 앞의 논문, 241~242면.

215) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다62561 판결.

216) 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008다12453 판결, 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2003헌바18 결정.

등을 유추적용해야 한다.²¹⁷⁾

Ⅲ. 정비사업비의 부과

대법원은 조합정관 등에 현금청산대상자가 정비사업비 중 일정 부분을 분담해야 한다는 취지를 미리 정한 경우에는 정비조합이 청산절차에서 이를 청산하거나 별도로 그 반환을 구할 수 있다고 판단하였다.²¹⁸⁾

앞서 살펴본 대로 현금청산대상자는 조합관계에서 이탈하는 조합원에 해당하므로, 조합정관 등에 따로 정해져 있지 않더라도 현금청산금액을 산정할 때는 토지 또는 건축물의 가격에서 출자지분 비율에 따른 정비사업비를 공제해야 한다. 다만 조합정관 등에 정비사업비를 분담한다는 내용이 포함되어 있다면 현금청산금액 산정시 정비사업비를 공제할 수 있다는 측면에서 대법원의 입장을 긍정적으로 볼 여지가 있다.

Ⅳ. 손해배상청구

종전 토지 또는 건축물의 소유자·지상권자·전세권자·임차권자 등 권리자는 관리처분계획인가 고시가 있는 날부터 사업시행자에게 종전 토지 또는 건축물을 인도할 의무를 부담한다(도시정비법 제49조 제6항 본문). 권리자가 관리처분계획인가 고시 이후에도 종전 토지 또는 건축물을 사업시행자에게 인도하지 않는다면 불법행위가 되어 손해배상책임이 성립한다. 대법원도 동일한 입장이다.²¹⁹⁾ 손해의 범위는 권리자의 채무불이행과 상당인과관계가 있는 구체적이고 현실적인 손해로 보아야 한다.²²⁰⁾

217) 김종보·전연규, 앞의 책(새로운 재건축·재개발 이야기 I -하권), 372~373면

218) 대법원 2016. 12. 29. 선고 2013다217412 판결; 대법원 2014. 12. 24. 선고 2013두19486 판결.

219) 대법원 2013. 12. 26. 선고 2011다85352 판결.

220) 정기상, 앞의 논문, 250면.

권리자의 부동산 인도의무 발생시기는 관리처분계획인가의 고시일로 보아야 한다(도시정비법 제49조 제6항 본문).²²¹⁾ 다만 도시정비법 제49조 제6항 단서에 따라 손실보상이 완료되지 않은 권리자는 사용·수익이 정지되지 않는다.

분양대상자는 종전 토지 또는 건축물의 인도를 거부할 사유가 없으므로, 관리처분계획인가가 고시된 다음날부터 인도의무지체의 책임을 진다. 주택재개발사업의 현금청산대상자는 현금청산금액의 협의가 이루어진 때에는 협의에 따른 보상금이 모두 지급된 다음날부터, 수용재결절차로 나아간 때에는 보상금 수령일 다음날부터 또는 보상금 공탁일 다음날부터 인도의무지체의 책임을 진다. 주택재건축사업에서는 협의에 따른 보상금이 모두 지급된 다음날부터 또는 매매대금이 지급된 날의 다음날부터 인도의무지체의 책임이 성립한다.

221) 정기상, 앞의 논문, 249면.

제 2 절 조합원의 현금청산 방법

I. 현금청산금 지급청구

도시정비법 제47조 제1항은 그 문언상 사업시행자에게 현금청산의무를 부과했을 뿐이고 현금청산대상자에게 현금청산을 신청할 권리를 부여하지 않았다. 또한 현금청산제도는 사업시행자에게 대지 또는 건축물을 공급받지 않는 조합원을 정비사업에서 배제할 수 있는 권능을 주기 위해 도입되었고, 현금청산대상자는 현금청산을 받지 못하더라도 관리처분계획에 따라 새롭게 조성된 대지 또는 건축물을 공급받으므로 불리한 지위에 있다고 보기도 어렵다. 따라서 현금청산대상자에게 현금청산을 신청하거나 현금청산금을 청구할 수 있는 권리를 인정하기는 어렵다.

II. 손실보상금 지급청구

1. 주거이전비 등의 청구

토지보상법은 주거용 건물의 거주자에게 주거이전에 필요한 비용과 가재도구 등 동산운반에 필요한 비용을 보상하도록 하고 있고(제78조 제5항, 제9항), 같은 법 시행규칙은 주거용 건축물의 소유자와 세입자에게 주거이전비(제54조)와 이사비(제55조)를 지급하도록 하고 있다. 또한 토지보상법은 영업을 폐지하거나 휴업하여 영업손실이 발생한 경우에 영업이익과 시설이전비용 등을 고려하여 이를 보상하도록 규정하고 있고(제77조 제1항), 같은 법 시행규칙은 영업손실의 보상대상(제45조), 영업폐지와 휴업에 따른 손실의 평가방법을 규정하고 있다(제46조, 제47조).

분양대상자가 주거이전비 등을 청구할 수 있는지가 문제인데, 도시정비법에 특별한 규정이 없는 이상 토지보상법이 적용되어야 하고 모든 조합원들을 조기에 이주시킬 필요가 있으므로, 분양대상자에게도 주거이전

비를 지급해야 한다는 견해가 있다.²²²⁾ 그러나 분양대상자는 사실상 사업시행자의 지위를 가지므로 토지보상법이 규정하고 있는 주거이전비 등 청구권이 발생한다고 볼 수 없다. 대법원도 동일한 입장이다.²²³⁾

주택재개발사업에서 협의로 현금청산금액을 정하지 못하여 수용절차에 들어간 현금청산대상자에게는 토지보상법 절차가 준용된다(도시정비법 제40조). 다만 대법원은 협의로 현금청산금액이 정해진 경우에도, 협의로 현금청산금액을 정하지 못하여 토지보상법에 따라 주거용 건축물이 수용되는 현금청산대상자와 마찬가지로 이주정착금, 주거이전비와 이사비를 지급해야 한다는 입장이다.²²⁴⁾ 협의로 현금청산금액을 정한 현금청산대상자를 그렇지 못한 현금청산대상자에 비해서 불리하게 취급할 이유가 없으므로, 협의로 현금청산금액을 정한 현금청산대상자도 토지보상법에 따라 주거이전비 등을 청구할 수 있다.²²⁵⁾

2. 도시정비법상 손실보상의 청구

(1) 순환정비방식과 임시수용시설

사업시행자는 주택재건축사업, 주택재개발사업 등을 원활히 시행하기 위해서 정비구역 내외에 새로 건설한 주택 또는 이미 건설되어 있는 주택에 그 정비사업의 시행으로 철거되는 주택의 소유자 또는 세입자가 임시로 거주하게 하는 등의 방식으로 그 정비구역을 순차적으로 정비하는 등 철거되는 주택의 소유자 또는 세입자의 이주대책을 수립해야 한다(도시정비법 제35조 제1항, 제2조 제2호 가목부터 마목까지). 또한 사업시행

222) 최병률, 「건축물 소유자가 재개발사업에 찬성한 경우 상가세입자에 대한 영업손실보상 및 소유자에 대한 주거이전비 지급 여부에 관하여」, 『대법원 판례해설』 89호, 법원도서관, 2011년 하반기, 870면.

223) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다28394 판결.

224) 대법원 2013. 1. 16. 선고 2012두34 판결.

225) 주택재건축사업에서 매도청구소송은 수용소송의 성질을 가지므로, 형평의 원칙상 토지보상법을 유추적용하여 주거이전비 등을 지급해야 한다.

자는 주택재개발사업 등의 시행으로 철거되는 주택의 소유자 또는 세입자에게 당해 정비구역 내외에 있는 임대주택 등의 시설에 임시로 거주하게 하거나 주택자금의 융자알선 등 임시수용에 상응하는 조치를 해야 한다(도시정비법 제36조 제1항 본문). 이러한 순환정비방식과 임시수용시설은 도시정비법이 규정하고 있는 특별한 손실보상의 방법에 해당한다.

(2) 토지임대부 분양주택의 공급

국토교통부장관, 시·도지사, 시장, 군수, 구청장 또는 주택공사 등은 정비조합이 요청하는 경우 주택재개발사업으로 건설된 임대주택을 인수해야 하고(도시정비법 제50조 제3항), 정비구역에 일정한 면적 이하의 토지 또는 주택을 소유한 사람의 요청이 있는 경우에는 인수한 임대주택의 일부를 주택법에 따른 토지임대부 분양주택으로 전환하여 공급해야 한다(도시정비법 제50조 제7항, 같은 법 시행령 제54조의3 제1항). 토지임대부 분양주택이란 토지 소유권은 사업계획승인을 받아 토지임대부 분양주택 건설사업을 시행하는 사람이 가지고, 건축물과 복리시설 등의 소유권은 주택을 분양받은 사람이 가지는 주택을 말한다(주택법 제2조 제9호). 토지임대부 분양주택의 토지 임대차기간은 40년 이내로 하되 40년의 범위에서 이를 갱신할 수 있다(주택법 제78조 제1항). 그러므로 주택재개발구역 안에 토지임대부 분양주택을 공급받은 토지 또는 주택소유자는 사실상 영구적으로 사용할 수 있는 주택을 공급받았다고 볼 수 있다.

Ⅲ. 매매대금 지급청구

주택재건축사업에서 사업시행자와 현금청산대상자가 협의로 현금청산 금액을 정하지 못하면, 매도청구절차가 진행된다. 매도청구소송에서 매매대금 지급과 동시에 토지 또는 건축물 소유권을 이전하도록 하는 판결이 확정되면, 주택재건축사업의 현금청산대상자는 소유권이전등기절차 의무를 이행하면서 사업시행자를 상대로 매매대금을 청구할 수 있다.

제 3 절 세입자의 현금청산 방법

I. 손실보상금 지급청구

1. 토지보상법의 적용가능성

(1) 분양대상자의 세입자

분양대상자는 자신이 출자한 토지 또는 건축물에 대응하여 정비사업으로 조성된 대지 또는 건축물을 공급받는다. 그러므로 분양대상자는 수용대상자가 아니라 오히려 정비사업에 참가하여 그 이익을 향유하는 사업시행자에 가까운 법적 지위를 가진다. 그런데 주택재개발사업에서는 분양대상자의 토지 또는 건축물 소유권 등을 대상으로는 실무상 수용절차가 진행되지 않으므로 분양대상자의 세입자 보호가 문제다.²²⁶⁾

분양대상자가 정비사업에 참여하는 이상 사업시행자는 토지 또는 건축물을 수용할 필요가 없고 따라서 토지보상법이 적용될 여지도 없으므로 사업시행자는 분양대상자의 세입자에게 수용·사용을 전제로 한 손실보상을 할 의무가 없다는 견해가 있다.²²⁷⁾ 반면 임대인인 분양대상자가 정비사업에 참여하였다고 해서 그 세입자가 영업손실보상 등을 받지 못한다는 것은 형평에 반하므로, 세입자에게 영업손실보상 등을 지급해야 한다는 견해²²⁸⁾, 도시정비법 제37조 제3항은 정비사업에 따른 손실보상에 토지보상법을 준용한다고 규정하고 있으므로, 이를 확대해석하면 분양대상자의 세입자에게도 조합정관으로 토지보상법상 손실보상 조항을 준용할 수 있다는 견해가 있다.²²⁹⁾ 대법원은 임차권자는 도시정비법 제49조 제6

226) 최병률, 앞의 논문, 863면.

227) 최병률, 앞의 논문, 867면.

228) 최병률, 앞의 논문, 869면.

229) 김종보, 앞의 논문(재개발사업의 철거와 세입자보상), 122면.

항 본문에 따라 자신의 의사와 다르게 토지 또는 건축물의 사용·수익권을 제한받는 손실을 입게 되므로, 사업시행자가 토지보상법을 유추적용해서 분양대상자의 상가세입자에게 영업손실보상금 등을 지급할 의무가 있다고 판단하였다.²³⁰⁾

도시정비법 제40조 제4항은 분양대상자의 토지 또는 건축물을 현물보상을 조건으로 수용할 수 있다는 의미로 해석된다. 원칙적으로 분양대상자에게도 수용절차를 거쳐 소유권을 확보해야 하나, 실무상 관행적으로 수용절차를 진행하지 않고 있을 뿐이다. 그러므로 분양대상자의 세입자에게는 분양대상자를 상대로 하는 수용절차가 진행되는 경우와 마찬가지로 토지보상법상 보상조항을 준용해야 한다.

주택재건축사업에서는 분양대상자를 상대로는 매도청구절차가 진행되지 않으므로, 세입자에게 보상을 할 수는 없다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 주택재개발사업에서 세입자에게 이루어지는 보상이 헌법이 정한 정당한 보상에 해당한다면, 주택재건축사업에서 세입자에게 보상을 하지 않는 것은 정당화될 수 없다.²³¹⁾ 주택재건축조합에게 수용권을 부여하지 않는 도시정비법 제38조와 그 대신 매도청구권을 부여한 도시정비법 제39조는 단지 사업시행자와 토지등소유자의 법률관계를 규율할 뿐이고, 사업시행자와 세입자의 법률관계까지 규율한다고 볼 수는 없다. 세입자는 정비사업의 유형, 토지등소유자의 조합설립 동의, 분양신청 등과 무관하게 임차물의 사용·수익권을 제한받는 위치에 놓인다. 따라서 주택재건축사업에서도 분양대상자의 세입자에게 정당한 보상을 해야 한다.²³²⁾

(2) 현금청산대상자의 세입자

주택재개발사업에서 현금청산대상자에게는 현금청산절차를 거쳐 수용

230) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다28394 판결.

231) 김중보·전연규, 앞의 책(새로운 재건축·재개발 이야기 I -하권), 372~373면.

232) 헌법재판소 2014. 1. 28. 선고 2011헌바363 결정의 반대이견.

절차가 진행되고, 현금청산대상자의 세입자는 그 수용절차에서 토지보상법에 따라 보상을 받을 수 있다(토지보상법 제3조 제1항).²³³⁾ 다만 사업시행자와 현금청산대상자가 협의로 현금청산금액을 정하여 수용절차가 진행되지 않는 경우에도 현금청산대상자의 세입자에게 보상을 해야 하는 지가 문제이다. 세입자는 현금청산금액이 산정된 경위와 상관없이 토지 또는 건축물의 사용·수익이 제한되므로, 이 경우에도 토지보상법을 유추 적용해서 세입자에게 정당한 보상을 하는 것이 타당하다.²³⁴⁾

2. 세입자에 대한 손실보상의 내용

(1) 주거이전비 등의 지급

사업시행자는 관리처분계획을 수립하면서 세입자별 손실보상을 위한 권리명세와 그 평가액을 포함시켜야 한다(도시정비법 제48조 제1항 제7호). 토지보상법에 따라 주택세입자에게는 주거이전비와 이사비 등이, 상가세입자에게는 영업손실보상금 등이 지급되어야 한다.

사업시행자가 일정한 기준 이상으로 세입자에게 주거이전비를 지급하거나 영업의 폐지 또는 휴업에 따른 손실을 보상하는 경우 또는 임대주택 추가 건설, 임대상가 건설 등 추가적인 세입자 손실보상 대책을 수립하여 시행하는 경우에는 해당 정비구역에 적용되는 용적률의 100분의 125 이하의 범위에서 조례로 용적률을 완화하여 정할 수 있다(도시정비법 제40조의2). 이는 사업시행자가 세입자에게 보다 적극적으로 손실보상을 하도록 유도하기 위한 특례규정이다.

(2) 순환정비방식과 임시수용시설

233) 김종보, 앞의 논문(재개발사업의 철거와 세입자보상), 118면.

234) 주택재건축사업에서도 현금청산대상자의 세입자는 토지 또는 건축물의 사용·수익이 제한되므로, 도시정비법 제40조 제1항, 제49조 제6항, 토지보상법을 유추적용하여 세입자에게 정당한 보상을 해야 한다.

토지보상법은 세입자를 명시적으로 이주대책대상자에서 제외하고 있지만(토지보상법 제78조 제1항, 같은 법 시행령 제40조 제3항 제3호), 도시정비법은 사업시행자에게 정비계획에 따라 사업시행계획서를 작성하면서 세입자의 주거와 이주대책을 포함하도록 하고 있다(도시정비법 제30조 제4호). 도시정비법 제35조 제1항은 순환정비방식에 따라 정비구역을 정비하도록 하고 있고, 도시정비법 제36조 제1항은 주택재개발사업에서 주택세입자에게 임시수용시설을, 도시정비법 제36조의2는 상가세입자에게 임시상가를 설치할 수 있도록 하고 있다. 다만 주택세입자에게는 의무적으로 임시수용시설을 제공해야 하지만, 상가세입자에게는 임시상가를 의무적으로 설치해 주지 않아도 된다. 순환정비방식 임시수용시설과 임시상가는 도시정비법상의 특별한 손실보상 대책에 해당한다.

(3) 토지임대부 분양주택의 공급

도시정비법은 세입자의 요청에 따라 토지임대부 분양주택을 공급하도록 규정하고 있다(제50조 제3항, 제50조 제7항, 주택법 제2조 제9호). 이는 토지보상법에 따른 국민임대주택의 특별공급과 유사한 손실보상 방법으로 볼 수 있다.

II. 계약해지와 임대차보증금 등 반환청구

1. 세입자의 계약해지

(1) 세입자 계약해지권의 의의

정비사업의 시행으로 지상권·전세권 또는 임차권의 설정목적을 달성할 수 없는 때에는 그 권리자는 계약을 해지할 수 있다(도시정비법 제44조 제1항). 정비사업의 세입자²³⁵⁾ 등은 물권의 대세적 효력이나 주택임대차

235) 토지보상법은 타인이 소유하고 있는 건축물에 거주하고 있는 사람을 모두

보호법, 상가임대차보호법상 대항력을 근거로 과도한 보상금을 요구하며 이주를 거부하는 사례가 많았다. 세입자의 계약해지권은 토지 또는 건축물의 사용·수익관계를 합리적으로 종료시켜 정비사업을 원활하게 시행도록 하려는 목적을 가지고 있다.²³⁶⁾

주택재개발사업은 강제가입제로 운영되고, 주택재건축사업에서 조합설립에 동의하지 않으면 매도청구소송의 상대방이 되므로, 정비사업에 참여한다고 하여 지상권설정자·전세권설정자·임대인에게 채무불이행책임이 발생한다고 해석할 수 없다. 그러므로 도시정비법상 세입자의 계약해지권은 사정변경에 따라 인정되는 계약해지권의 성질을 가진다.

(2) 계약해지권자의 범위

도시정비법 제44조 제1항은 계약해지권자를 ‘그 권리자’로만 규정하고 있고, 정비사업을 원활하게 추진하기 위해서는 세입자뿐만 아니라 지상권설정자·전세권설정자·임대인에게도 계약해지권을 인정해야 한다는 견해가 있다.²³⁷⁾ 그러나 임차인 등은 도시정비법 제55조 제1항에 따라 종전 토지 또는 건축물에 가지고 있는 권리를 새로운 대지 또는 건축물로 이전시킬지, 도시정비법 제44조 제1항에 따라 계약을 해지할지 선택할 수 있고, 도시정비법 제44조 제2항, 제3항은 세입자 등이 계약해지권을 행사하는 경우를 전제로 하고 있으므로, 도시정비법 제44조 제1항의 계약해지권자는 세입자 등으로 한정해서 해석해야 한다.

(3) 계약해지권의 행사와 효력

세입자 등은 ‘정비사업의 시행으로 지상권·전세권 또는 임차권의 설정

세입자로 파악하고 있는 듯하다(토지보상법 제40조 제3항 제3호). 그러므로 민법상 전세권자, 임차인을 모두 세입자로 볼 수 있을 것이다.

236) 이우재, 앞의 책(도시 및 주거환경정비법 下), 166면.

237) 이우재, 앞의 책(도시 및 주거환경정비법 下), 167면.

목적 달성을 수 없는 때'에 계약해지권을 행사할 수 있다. 사업시행자가 통보한 자진 이주시한이 만료되면 더 이상 임차권 등의 설정 목적을 달성할 수 없는 사유가 발생했다고 해석해야 한다. 따라서 사업시행자가 자진 이주시한을 통보하면 계약해지권을 행사할 수 있고, 그 효력은 이주에 필요한 상당한 기간이 지난 날, 늦어도 자진 이주시한의 만료일에 발생한다고 해석해야 한다.²³⁸⁾

2. 세입자의 임대차보증금등 반환청구

계약해지권자는 전세금·보증금 등 계약상 금전 반환청구권을 사업시행자에게 행사할 수 있다(도시정비법 제44조 제2항). 이 조항은 세입자 등이 신속하게 보증금을 반환받고 정비사업 대상지역 밖으로 이주할 수 있도록 하여 정비사업을 원활하게 시행하려는 목적을 가지고 있다. 도시정비법 제44조 제2항은 그 문언상 세입자 등이 임대인 등에게 보증금반환청구권을 가지고 있다는 사실을 전제로 하고 있고, 임대인 등에게 대항할 수 없는 무단 전차인 등이 정비사업이라는 우연한 사정으로 무단 전차인 외에 사업시행자 등에게서 보증금 등을 반환받는 것은 부당하다. 대법원도 같은 입장이다.²³⁹⁾

세입자 등에게 보증금을 반환한 사업시행자는 임대인 등에게 이를 구상할 수 있다(도시정비법 제44조 제3항). 사업시행자는 구상의무자가 매도청구소송의 상대방이라면 매매대금과 상계할 수 있고, 현금청산대상자라면 도시정비법 제47조 제1항에 따른 현금청산금과 상계할 수 있다. 사업시행자는 임대인이 구상에 응하지 아니할 경우에는 임대인에게 귀속될 대지 또는 건축물을 압류할 수 있다(도시정비법 제44조 제4항). 사업시

238) 이우재, 앞의 책(도시 및 주거환경정비법 下), 169~170면.

239) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다62561 판결. 정기상, 앞의 논문, 248면 이하. 이는 도시정비법 제44조 제3항, 같은 조 제4항과의 체계적 해석, 임차인의 권리 보호뿐만 아니라 정비사업의 원활한 시행을 도모하는 측면도 있는 도시정비법 제44조의 입법취지를 근거로 대법원 판례와 같은 입장이다.

행자는 조합설립에 동의하여 대지 또는 건축물을 공급받는 임대인 등이 구상의무에 응하지 아니하는 경우에는 임대인 등에게 귀속될 대지 또는 건축물을 압류하여 구상금을 확보할 수 있다.

관리처분계획이 인가된 경우 지상권·전세권 설정계약 또는 임대차계약의 계약기간에는 민법 제280조, 제281조 및 제312조 제2항, 주택임대차보호법 제4조 제1항, 상가건물임대차보호법 제9조 제1항의 존속기간 관련 규정이 적용되지 않는다(도시정비법 제44조 제5항). 이는 정비사업이라는 사정변경으로 세입자 등에게 계약해지권을 인정하였으므로 임대차계약 등의 존속기간이 적용되지 않도록 한 것이다.

3. 세입자의 제한물권 이전

사업시행자가 이전고시를 통해서 대지 또는 건축물 소유권을 조합원에게 이전한 경우, 종전 토지 또는 건축물에 설정된 지상권·전세권·저당권·임차권·가등기담보권·가압류 등 등기된 권리 및 주택임대차보호법 제3조 제1항의 요건을 갖춘 임차권은 새롭게 공급받은 대지 또는 건축물에 설정되었다고 본다(도시정비법 제55조 제1항). 이 조항은 자력이 충분하지 못한 토지등소유자에게 종전 토지 또는 건축물에 설정되어 있는 제한물권이나 가압류 등의 권리제한등기를 말소해야 하는 부담을 덜어주어 정비사업에 적극적으로 참가하도록 유도하려는 목적을 가지고 있다.²⁴⁰⁾

세입자 등은 도시정비법 제44조의 계약해지권을 행사하여 사업시행자에게서 임대차보증금을 반환받거나 도시정비법 제55조에 따라 권리를 이전시킬 수 있다. 이는 세입자 등의 선택의 문제이다.²⁴¹⁾

240) 이우재, 앞의 책(도시 및 주거환경정비법 下), 387면

241) 이우재, 앞의 책(도시 및 주거환경정비법 下), 178~179면, 390면

제6장 결론

도시정비법은 현금청산금액을 협의로 정할 수 있다는 조항만을 두고 있을 뿐, 협의가 성립하지 않은 경우를 대비한 현금청산절차, 현금청산금액 산정방법 등을 전혀 마련하고 있지 않다. 이러한 도시정비법의 불완전성 때문에 현금청산제도는 주택재개발사업에서 사실상 수용제도의 협의절차로 운용되면서 독자적인 의미를 상실하였다. 현금청산제도는 주택재건축사업에서는 조합설립에 동의한 토지등소유자가 조합관계에서 임의로 탈퇴하는 수단으로 악용되고 있을 뿐만 아니라, 수용권이 인정되지 않아 사업시행자의 부동산 확보 수단도 불완전하다. 입법적으로는 현금청산제도를 폐지하여 주택재개발사업에서 분양을 받지 않는 조합원은 수용절차를 통해서 정비사업에서 배제하고, 주택재건축사업에서 조합설립에 동의한 조합원에게는 분양신청기회를 부여할 필요 없이 관리처분계획에 따라 토지와 건축물을 공급해야 한다.

현금청산제도를 그대로 운용하더라도 현금청산사유가 발생한 때를 기준으로 종전 토지 또는 건축물의 시가를 평가하여 현금청산금액을 산정하는 대법원의 태도는 타당하지 않다. 정비조합은 조합과 사단의 성질을 모두 지닌 단체인데, 현금청산은 대지 또는 건축물을 공급받지 않는 조합원이 출자재산을 환급받고 조합관계에서 벗어나는 절차이다. 즉, 현금청산의 법률관계는 정비조합이 가지고 있는 조합의 성질과 관련되어 있으므로, 조합에서 탈퇴하는 조합원의 지분계산 문제로 보아야 한다.

그러므로 현금청산금액은 민법상 조합과 관련된 규정에 따라 탈퇴 당시의 조합재산을 기준으로 산정되어야 하는데, 종전 토지 또는 건축물 가격에서 출자지분에 따른 정비사업비를 공제한 금액을 현금청산금액으로 보아야 한다. 이 때 종전 토지 또는 건축물의 가격은 조합원의 출자의무가 구체적으로 성립하는 사업시행계획인가의 고시일을 기준으로 평가하고, 정비사업비는 현금청산대상자가 확정되는 관리처분계획인가의

고시일을 기준으로 평가해야 한다.

현금청산대상자가 되었다고 하여 바로 조합원 지위를 상실한다고 볼 수는 없다. 도시정비법은 분양신청을 하였는지를 조합원의 자격으로 삼고 있지 않기 때문이다. 조합원 자격은 토지등소유자라는 점을 전제로 하고 있으므로, 현금청산대상자가 출자의무를 이행하여 토지 또는 건축물의 소유권을 정비조합에 이전하여 더 이상 토지등소유자라고 볼 수 없을 때 비로소 조합원 지위를 상실한다고 해석해야 한다.

재개발 표준정관, 재건축 표준정관과 이에 따라 만들어진 조합정관은 조합원 분양계약을 체결하지 않은 조합원을 현금청산대상으로 보아 토지 또는 건축물 소유권을 박탈하도록 규정하고 있다. 이는 법령이 아니라 조합정관 규정으로 조합원의 소유권을 박탈하도록 하고 있으므로 헌법에 위배된다. 또한 조합원 분양계약은 조합원에게 ‘분양대금’ 명목으로 정비사업에 소요된 비용을 이전고시 이전에 납부하도록 하고 있는데, 이는 조합원 총회의결을 거쳐 행정처분의 형식으로 부과금을 부과·징수하고, 청산금을 분할징수하도록 하고 있는 도시정비법에 위배되므로 무효다. 무효인 조합정관에 따라 체결된 조합원 분양계약 역시 무효다.

참 고 문 헌

[단행본]

- 이주홍 집필부분, 『민법주해[I]』 총칙(1), 박영사, 2012. 4.
- 김재형 집필부분, 『민법주해[X VI]』 채권(9), 박영사, 2009. 8.
- 곽윤직·김재형, 『민법총칙』, 박영사, 2013. 9.
- 곽윤직·김재형, 『물권법』, 박영사, 2014. 4.
- 김동희, 『행정법 I』 박영사, 2017. 2.
- 김동희, 『행정법 II』 박영사, 2017. 3.
- 김종보, 『건설법의 이해』, 피데스, 2013. 3.
- 김종보·전연규, 『새로운 재건축·재개발 이야기 I -상권』, 사단법인 한국 도시개발연구포럼, 2010. 6.
- 김종보·전연규, 『새로운 재건축·재개발 이야기 I -하권』, 사단법인 한국 도시개발연구포럼, 2010. 6.
- 김주진·김옥연·이봉진·정경석, 「정비사업의 현금청산제도 개선 방향 연구」, 토지주택연구원, 2012. 12.
- 서울대학교 법학연구소 건설법센터, 『주택정비사업 장기화에 따른 자산 평가제도 개선방안』, 2015. 3.
- 손정목, 『일제강점기 도시계획연구』, 일지사, 1990. 1.
- 손정목, 『서울도시계획이야기 2』, 한울엠플러스, 2016. 8.
- 송호영, 『법인론』, 새문사, 2013.
- 이우재, 『도시 및 주거환경정비법(上)』, 진원사, 2010. 4.
- 이우재, 『도시 및 주거환경정비법(下)』, 진원사, 2010. 4.
- 이철송, 『회사법강의』, 박영사, 2017. 2.

[논문]

- 강문경, 「재건축조합원이 신탁을 원인으로 한 소유권이전등기를 마친 후 제명되거나 탈퇴한 경우 재건축조합이 토지의 소유권을 취득하기 위하여 매도청구권을 행사하여야 하는지 여부」, 『대법원판례해설』 97호(2013년 하반기), 법원도서관, 2014. 6.
- 김민기, 「현금청산대상자의 재건축조합원 지위 상실 여부」, 『대법원판례해설』 85호(2010년 하반기), 법원도서관, 2011. 6.
- 김용찬, 「피고 조합(재개발조합)이 수용재결에 따라 공탁한 수용보상금을 원고(재개발구역 안의 토지 및 건축물의 소유자)가 수령하였고, 위 수용재결에 대한 원고의 이의신청을 기각한 이의재결이 확정된 경우, 원고는 피고 조합의 조합원으로서의 지위를 상실하게 되어 분양신청을 할 수 없게 되는지 여부」, 『대법원판례해설』 38호, 법원도서관, 2002. 6.
- 김종보, 「강학상 인가와 정비조합 설립인가」, 『행정법연구』 제9호, 행정법이론실무학회, 2003. 5.
- , 「공용환권의 개념과 법적 효과」, 『행정법연구』 제31호, 행정법이론실무학회, 2011. 12.
- , 「계획확정행위와 행정행위의 구별」, 『행정법연구』 제7호, 행정법이론실무학회, 2001. 9.
- , 「도시재개발과 가청산」, 『인권과 정의』 2000년 12월, 대한변호사협회
- , 「도시환경정비사업에서 시행자와 사업절차의 특수성」, 『법학논문집』 제31집 제1호, 중앙대학교 법학연구소, 2007. 8.
- , 「재개발사업의 철거와 세입자보상」, 『행정법연구』 제23호, 행정법이론실무학회, 2009. 4.
- , 「정비사업의 구조이론과 동의의 평가」, 『일감법학』 제20호, 건국대학교 법학연구소, 2011. 8.
- , 「조합원 분양계약의 위법성」, 『사법』 23호, 사법발전재단, 2013.

3.

_____, 「특수한 형태의 수용과 보상」, 『토지보상법연구』 제3집, 한국토지보상법연구회, 2003. 2.

김종하·김재호, 「주택재개발사업에서 분양계약 미체결자의 법적 지위 및 개선방안」, 『토지공법연구』 제57집, 사단법인 한국토지공법학회, 2012. 5.

박선준, 「아파트 재건축 정비사업조합의 조합원이 분양신청을 하지 않아 현금청산대상자가 된 경우 그 조합원이 신탁하였던 토지 지분에 관한 신탁등기의 말소 방법」, 『대법원판례해설』 85호(2010년 하반기), 법원도서관, 2011. 6.

성중탁, 「도시정비사업에서 현금청산의 몇 가지 법적 쟁점」, 『법학논고』 제50집, 경북대학교 법학연구원, 2015. 5.

손윤경, 「도시 및 주거환경정비법 제47조 현금청산대상자의 범위 및 현금청산대상자에 대한 부동산 인도청구의 방법」, 『재판과 판례』 제21집, 대구판례연구회, 2012.

손현찬, 「도시 및 주거환경정비법상 현금청산대상자의 법적 지위」, 『건축관련판례 50선』, 대구판례연구회, 2012. 1.

이대경, 「재건축조합의 조합원이 재건축조합에서 임의탈퇴할 수 있는지 여부(소극) 등」, 『대법원판례해설』 28호(1997년 상반기), 법원도서관, 1997. 12.

이준규·이은상, 「조합과세의 문제점과 개선방안」, 『세무학연구』 제18권 제1호, 한국세무학회, 2001. 8.

임규진·정승영, 「정비사업조합의 법적 성격과 과세문제」, 조세연구 9-3호, 한국조세연구포럼, 2009. 12.

정동진, 「재개발조합, 재건축조합의 도시정비법 제49조 제6항에 따른 부동산 인도청구의 제 문제」, 『판례연구』 제27호, 부산판례연구회, 2016. 2.

정기상, 「주택재건축사업에 있어 조합원 지위의 상실에 따른 법률관계」, 『저스티스』 통권 제142호, 한국법학원, 2014. 6.

최병률, 「건축물 소유자가 재개발사업에 찬성한 경우 상가세입자에 대한 영업손실보상 및 소유자에 대한 주거이전비 지급 여부에 관하여」, 『대법원판례해설』 89호(2011년 하반기), 법원도서관, 2012.

6.

홍득관, 「실무연구: 주택재건축사업과 관련된 법적 제 문제 - 도시 및 주거환경정비법과 관련하여」, 『법조』 제58권 제8호, 법조협회, 2009. 4.

Abstract

A study on The Cash Settlement System under ‘The Act on the Maintenance and Improvement of Urban Areas and Dwelling Conditions for Residents’

Jang Hyon Chol

School of Law

The Graduate School

Seoul National University

Under ‘The Act on the Maintenance and Improvement of Urban Areas and Dwelling Conditions for Residents, the cash settlement system is a system in which a project implementer settles in cash land or buildings of association members who are not supplied with land or buildings that have been constructed as rearrangement

project. When apartment prices rise, there are very few association members who want to settle in cash instead of receiving apartments, so cash settlement is not a big problem. On the other hand, when the rise in apartment prices slows down or rather declines, the number of members who want to settle in cash increases during times when it is difficult to obtain profits.

The cash settlement should be regarded as the right of the project implementer to exclude the association members from the rearrangement project, considering the purpose of the cash settlement system and the words of 'The Act on the Maintenance and Improvement of Urban Areas and Dwelling Conditions for Residents'. Therefore, the association member can not demand the cash settlement. In particular, it is not necessary to admit the cash settlement for members of the housing reconstruction association that already agreed to establish a association and intend to participate in the housing reconstruction projects.

The rearrangement project association is a group that has both the nature of the association and the unincorporated association, and the cash settlement system is based on the nature of the association that the rearrangement project association has. Therefore, the procedure of cash settlement should be regarded as a process of refunding share while a member who invests land or buildings withdraws from the association. Therefore, it is necessary to calculate the amount of cash settlement based on the amount of the previous land or building price deducting the rearrangement project expense. The price of the previous land or building should be evaluated on the basis of the notified date of the project implementation plan that the member's

obligation to contribute is concretely established.

Installment sale contracts for a association member is invalid in violation of ‘The Act on the Maintenance and Improvement of Urban Areas and Dwelling Conditions for Residents’, which requires the member to share the expenses in the form of Administrative disposition through the resolution of the association member general meetings. Therefore, the association member who has not concluded the contract for the association member can not be considered to be the person subject to cash settlement. It should be interpreted that the person who settled in the cash actually lost the position of the member when the ownership of the land or the building was transferred to the rearrangement project association.

Keywords : Rearrangement project association, Cash settlement system, Cash settlement member, Association member’s status, Amount of cash settlement

Student Number : 2006-21648